



Viabilidad de la fiducia mercantil ante la apertura de procesos concursales cuyo titular sea el constituyente.

Subtítulo

Efectos de la suspensión o terminación del contrato de fiducia mercantil para el beneficiario de este, ante la apertura de un eventual proceso concursal.

Presentado por:

Ana María Rendón Correa

Asesor:

Eugenio David Andrés Prieto Quintero

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín.

2021

## Tabla de contenido

Introducción.....	1
1   Análisis de la fiducia mercantil.....	3
1.1   Historia.....	3
1.2   ¿Qué es la fiducia mercantil?.....	7
1.3   Normatividad que consagra el contrato de fiducia mercantil .....	8
1.4   Diferencias entre la fiducia mercantil y la fiducia civil.....	9
2   Importancia económica .....	13
2.1   Esencia jurídica.....	13
2.2   Efectos jurídicos.....	13
2.3   Recuento jurisprudencial sobre la naturaleza y esencia de la fiducia mercantil.....	16
2.4   Importancia de la separación de los bienes del patrimonio autónomo y de los bienes del fideicomitente y del fiduciario .....	19
2.5   Relevancia económica del contrato de fiducia mercantil .....	21
2.5.1   Relevancia para el desarrollo económico .....	21
2.5.2   Los fideicomisos inmobiliarios, principal muestra de cómo viabilizar proyectos a través de la fiducia mercantil .....	23
3   Procesos concursales .....	25
3.1   Naturaleza .....	25
3.2   Calificaciones de créditos y tipos de créditos .....	26
3.2.1   La primera clase.....	27
3.2.2   La segunda clase.....	28
3.2.3   La tercera clase .....	29
3.2.4   La cuarta clase .....	29

3.2.5	La quinta clase .....	30
3.3	Consideración de los procesos concursales en la legislación colombiana.....	30
4	Procesos concursales y fiducia mercantil.....	31
4.1	Efectos del proceso concursal en los contratos de fiducia mercantil.....	31
4.1.1	Efectos de la apertura de un proceso concursal de reorganización, cuyo titular es el constituyente, en los contratos de fiducia mercantil .....	31
4.1.2	Efectos del proceso concursal de liquidación.....	34
4.1.3	Postura de la Superintendencia de Sociedades como juez concursal .....	36
4.1.4	Bienes excluidos del proceso concursal .....	38
4.2	Acciones reestructurativas del patrimonio .....	41
4.2.1	Propias del proceso concursal y así consideradas en la Ley 1116 de 2006.....	41
4.2.2	No propias del proceso concursal o no consideradas en la Ley 1116 de 2006.....	43
4.2.3	Otras acciones.....	51
4.3	Desnaturalización del contrato de fiducia mercantil a raíz de la aplicación de la Ley 1116 de 2006 .....	51
4.4	Impacto de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1116 para las partes del contrato de fiducia mercantil .....	53
4.4.1	Situación de los promitentes compradores inmobiliarios.....	54
4.5	Debilidades o yerros encontrados en la aplicación de la Ley 1116 de 2006 frente a los contratos de fiducia mercantil .....	58
4.6	Consecuencias de la aplicación de la Ley 1116 en cuanto a la funcionalidad práctica del contrato de fiducia mercantil.....	65
5	Planteamiento de una solución diferente.....	66
5.1	¿Por qué buscar una solución diferente?.....	66
5.2	Planteamiento de la solución .....	67

5.2.1	La Ley 1116 no debería afectar el desarrollo y la ejecución de los contratos de fiducia, a menos que se demuestre la intención fraudulenta del constituyente.....	67
5.2.2	Exclusión de los bienes que conforman otros fideicomisos de interés general de la masa de activos que hacen parte del proceso de reorganización o de liquidación.....	68
5.2.3	Exclusión de contratos de fiducia inscritos en registros públicos .....	69
6	Conclusiones .....	72
7	Bibliografía.....	73

## **Lista de tablas**

Tabla 1. <i>Comparativa entre fideicomiso civil y fiducia mercantil</i> .....	12
---	----

## **Introducción**

El patrimonio autónomo se concibe jurídicamente como aquel que se conforma por una masa de bienes que el constituyente decide “separar” de su patrimonio para destinar o afectar a un fin específico en favor de un beneficiario definido contractualmente y que puede ser el mismo constituyente, un tercero o uno o varios de sus acreedores (Lafranconi, 2017). En la fiducia mercantil, el acreedor o beneficiario tiene la expectativa de que, mediante el vehículo jurídico y con cargo a los bienes existentes en el patrimonio autónomo, se garantice el cumplimiento de las obligaciones de las que es titular el mismo fideicomiso, el constituyente o incluso un tercero; o la efectividad de un beneficio esperado sin necesidad de acudir a procesos judiciales para rematar los bienes. Mientras tanto, en las estructuras de garantías tradicionales, si el deudor no paga, el acreedor debe ejecutar la prenda o la hipoteca, lo que implica un proceso largo, el secuestro y el remate del activo; ello generalmente trae consigo un menor valor de realización de este último (Gerencie, 2018). En la fiducia mercantil, si así se pacta, la fiduciaria gestiona la venta del bien administrado por su valor comercial, sin acudir a procesos judiciales, y es más probable lograr un mayor valor de realización del activo.

Por sus bondades, el fideicomiso mercantil ha tomado protagonismo como una de las mejores alternativas para viabilizar los negocios actuales; sin embargo, existe una dicotomía en cuanto a cómo deben tratarse los bienes transferidos a un fideicomiso y con los cuales se conforma un patrimonio autónomo ante el surgimiento de un eventual proceso concursal. Los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades y la Ley 1116 de 2006 plantean que los contratos de fiducia deben suspenderse para el caso del proceso de reorganización, o deben finalizarse si se trata de los procesos de liquidación. A su vez, estas han dispuesto que los bienes con los cuales se conforma el patrimonio autónomo sean parte de la masa de bienes destinados al proceso de reorganización, o que regresen al patrimonio del deudor o constituyente del fideicomiso a fin de proceder a la liquidación de estos, según el proceso de que se trate.

Adicionalmente, la Ley 1116 de 2006 y la Superintendencia de Sociedades, juez de los procesos concursales, establecieron que el acreedor o beneficiario debe ser tratado en el proceso concursal con la misma prelación otorgada al acreedor prendario o hipotecario, dependiendo de la naturaleza de los bienes objeto del contrato de fiducia mercantil (Ley 1116, 2006).

De otro lado, se ubica la teoría contractual del contrato de fiducia, su regulación en el Código de Comercio (CCo) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; desde allí se plantea que, efectivamente, con la suscripción del contrato de fiducia mercantil y la transferencia de los bienes al fiduciario como administrador, se conforma una universalidad jurídica diferente al patrimonio del deudor, del fiduciario y del beneficiario (cuando este es diferente del constituyente). En este sentido, los bienes afectos a un fideicomiso no deberían regresar al patrimonio del deudor, por cuanto estos han salido de la esfera jurídica del patrimonio de aquel.

Teniendo en cuenta las consideraciones regulatorias anteriores, es evidente la contrariedad que se presenta entre las normas que dictan la naturaleza del contrato de fiducia mercantil y la ley de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006), pues esta última desconoce los efectos jurídicos que se dan con la celebración eficaz del contrato de fiducia. Las consecuencias de la apertura de procesos concursales sobre el contrato de fiducia mercantil también generan diferentes posiciones jurídicas entre quienes ejercen la práctica del derecho. Así, no existe una posición unificada frente a la siguiente pregunta: ¿debe el juez concursal ordenar la suspensión o la terminación del contrato de fiducia mercantil, teniendo como efecto este último la “devolución” de los bienes al patrimonio del deudor, o, por el contrario, se debe respetar la esencia jurídica del patrimonio autónomo y dar continuidad al contrato y a la ejecución de la finalidad perseguida desde el acto constitutivo?

Algunos juristas son fieles a respetar la naturaleza del patrimonio autónomo dada por la regulación establecida en el CCo, pero desde otras posiciones se argumenta que, en los procesos concursales, los contratos de fiducia mercantil están en la obligación de ceder ante las normas concursales. Según esta postura, los contratos de fiducia mercantil deben suspenderse o terminarse, y los bienes aportados en virtud de dichos contratos deben regresar al patrimonio del deudor y ser parte de la masa de bienes sobre los que procede el acuerdo de reorganización o liquidación, según el caso. Esto no solo va en contra de la naturaleza del patrimonio autónomo, sino que pone en peligro la independencia y la seguridad que constituyen su esencia.

Este trabajo busca estudiar si el tratamiento para dicha situación por parte de la Superintendencia de Sociedades es correcto, si es la mejor solución, o qué consideraciones importantes se omiten, teniendo en cuenta los efectos que tienen dichas decisiones sobre el sistema financiero y el desarrollo económico actual. Además, se analiza si es válido que el acreedor o el beneficiario del

fideicomiso tenga la misma prelación de un acreedor prendario o hipotecario, y si en estos eventos se desconoce la esencia del contrato de fiducia.

Para el desarrollo del trabajo, se considera la fundamentación jurídica del patrimonio autónomo desde el CCo, la ley de insolvencia empresarial, la ley de garantías mobiliarias y el Código Civil (CC); así como la doctrina, la jurisprudencia y los conceptos que han emitido las autoridades de inspección, vigilancia y control como respuesta a la situación problemática encontrada. Adicionalmente, se relacionan la historia y la importancia del fideicomiso mercantil en el desarrollo económico de los últimos 20 años, su esencia jurídica, la naturaleza y los efectos del contrato de fiducia.

En cuanto al constituyente, se estudian los derechos de los cuales es titular una vez que decide “separar” los bienes de su patrimonio para aportarlos a un fideicomiso y qué pasa con estos durante la ejecución del contrato de fiducia, entendiendo que estos son derechos que debería perseguir el proceso concursal cuando no existe un ánimo defraudatorio de su parte. Asimismo, se analizan las implicaciones que tiene la normatividad actual para el beneficiario de los contratos de fiducia y cómo estas pueden afectar la seguridad y la confianza que usualmente buscan las partes con la suscripción del contrato de fiducia. Posteriormente, se estudian los tipos de créditos y procesos concursales, las acciones reestructurativas del patrimonio y las implicaciones de asimilar un acreedor o beneficiario de un contrato de fiducia con un acreedor prendario o hipotecario. Por último, se identifican las debilidades, imprecisiones y dificultades de la ley de insolvencia empresarial frente al contrato de fiducia, y se propone una solución diferente para estas.

## **1 Análisis de la fiducia mercantil**

### **1.1 Historia**

La fiducia mercantil, como es concebida en Colombia, tiene sus orígenes en el derecho romano y el anglosajón. En el primero, esta institución surgió como una relación jurídica sustentada en la buena fe y la confianza; y en el derecho anglosajón, con la estructura conocida como *trust*.

En el derecho romano, las formas fueron supremamente importantes: un posible error o una irregularidad en las formas producía una nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados.



Debido al desarrollo de los negocios de la época, las formas existentes comenzaron a ser insuficientes e inadecuadas para suplir las necesidades exigidas por el avance del tráfico mercantil. Según Rengifo (2012), dadas las reducidas posibilidades y la rigidez de los esquemas y las formas jurídicas, los ciudadanos romanos comenzaron a utilizar formas jurídicas típicas para fines atípicos; de esta manera, se contemplaron esquemas diferentes para ejecutar los negocios, donde el elemento preponderante era la confianza entre los contratantes.

Las estructuras más utilizadas del derecho romano fueron la *mancipatio* y la *mancipatio familiae*. En la *mancipatio* se presentaban dos partes, el *mancipio dans* y el *mancipio accipiens*; y mediante un rito o acto solemne se confirmaba que se había transferido la propiedad del primero a favor del segundo. Por otra parte, la *mancipatio familiae* era la forma habitual de plasmar la voluntad de quien sentía próxima su muerte y necesitaba asegurar que sus intenciones se ejecutaran aún después de ocurrido su deceso. En esta modalidad, continuaron las partes del esquema anterior, pero al *mancipio accipiens* también se le designó *familiae emptor*; es decir, era la persona de confianza elegida por el *mancipio dans* (testador) para que esta cumpliera su voluntad e hiciera entrega de los bienes a los beneficiarios designados por este. La transferencia de la propiedad se realizaba sin contraprestación alguna, era un acto de confianza total fundamentado en la amistad entre las partes que le ofrecía al testador la seguridad de que su amigo daría a los bienes el destino indicado.

Posteriormente, surgió en Roma el *pactum fiduciae*. En este esquema, a la transferencia o la enajenación de la propiedad se le introducía un pacto; mediante este, quien recibía la propiedad, llamado fiduciario o adquirente, debía devolver el dominio del objeto adquirido o disponer de él al cumplir una condición o un plazo, siguiendo las instrucciones del enajenante o fiduciante. En la época de la república romana, este *pactum fiduciae* se caracterizó por ofrecer dos modalidades: la *fiduciae cum creditore contracta* y la *fiduciae cum amico contracta*. La primera suponía que el constituyente cediera la propiedad de los bienes al acreedor y, verificado el cumplimiento de la obligación, los devolviera al constituyente; o ante un incumplimiento, los vendiera para pagar su crédito, con la carga de devolver el excedente al constituyente. Esta fue una forma de garantizar las obligaciones con un bien entregado al acreedor.

Como una segunda modalidad, se encontraba la *fiducia cum amico contracta*. En esta estructura, la persona que recibiera los bienes en calidad de fiduciario debía seguir las instrucciones y restituirlos cuando se cumpliera una condición o un plazo fijado. Este contrato sirvió para que quien avecinara un peligro para sus bienes lograra que estos fueran custodiados por una persona de su entera confianza hasta que el peligro desapareciera.

En los sistemas jurídicos del *civil law*, la fiducia nació con dos fases: la primera consistía en la transferencia de un bien a un fiduciario; en la segunda, con el ánimo de cumplir con el encargo asignado, se transfería la propiedad a un tercero o nuevamente al mismo constituyente. El desarrollo que tuvo el fideicomiso en Roma permitió la transferencia de la propiedad, después de la muerte del causante, a favor de aquellos que no eran ciudadanos, a fin de que pudieran heredar y recibir bienes.

Desde el punto de vista del *common law* y el derecho anglosajón, la institución que marcó el origen histórico de lo que hoy se concibe como fiducia mercantil fue el *trust* anglosajón. Este esquema sigue vigente y ha tomado amplia relevancia en las estructuras y negocios societarios, corporativos y familiares, gracias a que representa la posibilidad de contar con un vehículo para realizar diversas inversiones en cualquier parte del mundo de manera confiable y confidencial. El *trust* tiene sus orígenes en el *use*, figura utilizada en la época del medioevo; esta consistía en un negocio jurídico para la transferencia de predios a un intermediario, quien ostentaba la titularidad de los bienes, pero los poseía a favor de un tercero o beneficiario. Esta institución se utilizó para blindar el patrimonio contra las constantes persecuciones políticas de la época; con ella, quien había transferido la propiedad podía continuar con la administración de esta, de forma contraria al *trust* anglosajón moderno, donde el mismo propietario o *trustee* realiza la administración activa de las propiedades o los bienes entregados a su favor.

En efecto, el *trust* es un vehículo mediante el cual el propietario de un bien (*settlor*) separa el derecho de propiedad del uso y goce de este, transfiere la propiedad a un administrador o propietario llamado *trustee*, y la destina al beneficio de otras personas y/o de sí mismo (*cestui que trust* o *beneficiary*), con lo que se reserva el uso y el goce del objeto. Igual que en el derecho romano, en el *trust* anglosajón la transferencia de la propiedad implica un acto de confianza que busca que la entidad propietaria alcance o persiga un fin lícito.

En el *trust* coexisten intereses y obligaciones diferentes tanto para el beneficiario como para el propietario. A pesar de que este se desarrolló en principio solo en los países del *Commonwealth*, en los últimos años se extendió a países que se incluyen en el *civil law*. En 1985, se suscribió la Convención Internacional de La Haya, que contiene la ley aplicable a la fiducia. En esta se estableció que, si bien el *trust* es una institución creada por jurisdicciones de equidad de los países del *common law*, también ha sido adoptado en países del *civil law*; por esta razón, los estados participantes decidieron acordar disposiciones comunes para regular y aplicar a la fiducia. Ello se expuso en la motivación del proyecto de CCo colombiano de 1958, citado por Rengifo (2012):

Las grandes ventajas que, especialmente en el campo comercial y bancario, ha reportado el *trust*, han hecho que su práctica se extienda, no solo en aquellos países de mentalidad anglosajona, sino también en países como el nuestro, cuyo derecho es de origen netamente latino y en los cuales la adopción de instituciones foráneas supone ciertamente un acomodamiento especial. (p. 36)

La naturaleza del *trust* americano y lo concluido sobre los motivos para reglamentar el CCo han hecho que juristas como Rengifo (2012) argumenten que el verdadero origen de la fiducia colombiana se encuentra en la figura del *trust* anglosajón, aunque el CCo colombiano haya tomado las legislaciones mexicana y panameña como base para la reglamentación de esta figura.

De acuerdo con lo anterior, ha de entenderse que la concepción actual de la fiducia mercantil y del *trust* proviene de los encargos de confianza desarrollados en el derecho medieval romano, y es innegable que estas dos instituciones tienen aspectos comunes. La diferencia básica entre ambas radica en que, bajo la óptica del derecho romano, es impensable sostener que, en la propiedad fiduciaria, el derecho de propiedad sobre el mismo bien sea ostentado por dos titulares distintos; mientras tanto, en la concepción del *trust*, el derecho de propiedad es entendido como el interés que se puede reportar sobre el bien, donde pueden coexistir dos intereses diferentes: el del *trustee* o propietario legal y el del beneficiario. Así, cada uno es propietario en función del interés que ostente sobre el bien.

En Colombia, la fiducia mercantil, como se conoce hoy día, apareció con la Ley 45 de 1923, el Decreto 410 de 1971 y la Ley 45 de 1990. En estos, se obligó a las entidades bancarias a “separar” las secciones fiduciarias y conformar sociedades con patrimonio propio especializadas en el

desarrollo de esta actividad. Esta también se considera en el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en la normatividad complementaria, como se puede ver más adelante.

## **1.2 ¿Qué es la fiducia mercantil?**

La fiducia mercantil es un negocio jurídico con normatividad propia, totalmente distinto del encargo fiduciario, el mandato y el fideicomiso civil o la propiedad fiduciaria. El contrato de fiducia mercantil consiste en un acuerdo de voluntades entre el constituyente y la sociedad fiduciaria para realizar la transferencia del derecho de propiedad que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, decide hacer el constituyente al fiduciario (Avendaño, 2015); ello, con el fin de que una vez este tenga la propiedad del bien, cumpla una finalidad específica en favor del mismo constituyente o de un tercero. El legislador colombiano definió el contrato de fiducia mercantil de este modo:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. (Decreto 410, 1971, art. 1226)

Desde el punto de vista de Rengifo (2012), este concepto se podría explicar en las siguientes palabras:

La fiducia es un contrato típico principal y especial, cuyos elementos esenciales son la transferencia o tradición real y efectiva de bienes del patrimonio del fideicomitente al fiduciario y la afectación del patrimonio autónomo, que con tal transferencia se produce a una finalidad específica. (p. 59)

La fiducia mercantil está contemplada en los artículos 1226 a 1244 del Decreto 410 de 1971 (CCo), de donde se extrae que el contrato de fiducia mercantil es de naturaleza típica, nominado, bilateral, oneroso y de ejecución sucesiva. En este, mediante un acuerdo de voluntades, el constituyente y el fiduciario convienen en que el primero realiza la transferencia del dominio de

uno o varios bienes, con el objetivo de que el segundo realice la labor encomendada, con la cual se obliga desde el acto constitutivo a administrar los bienes y restituirlos al constituyente o beneficiario cuando se termine el contrato de fiducia (Decreto 410, 1971).

### **1.3 Normatividad que consagra el contrato de fiducia mercantil**

- Ley 51 de 1918. Sobre establecimientos o sociedades de crédito.
- Ley 45 de 1923. Sobre establecimientos bancarios.
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio.
- Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Decreto 663 de 1993. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.
- Decreto 1049 de 2006. Por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio.
- Decreto 2555 de 2010. Libro 5. Normas aplicables a las sociedades fiduciarias.
- Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (CE 029/14).

Como se ve posteriormente, en Colombia existe un gran desarrollo del sistema fiduciario gracias al marco normativo del contrato de fiducia. Dicho marco se compone de leyes, decretos y circulares que desarrollan las disposiciones establecidas en el CCo para el contrato de fiducia y para las diferentes tipologías del negocio fiduciario. En otros países ocurre de forma contraria, pues el desarrollo normativo es apenas incipiente y dificulta la práctica jurídica, operativa y comercial del fideicomiso.

#### **Otras legislaciones que consagran la fiducia**

Algunos de los estados con legislaciones que consagran la fiducia mercantil son Panamá, México, Puerto Rico, Venezuela, Salvador, Argentina, Perú y Colombia.

#### **1.4 Diferencias entre la fiducia mercantil y la fiducia civil**

El fideicomiso civil, conocido también como propiedad fiduciaria, está consagrado entre los artículos 793 y 822 del CC colombiano. El legislador colombiano consideró que, cuando se constituye un fideicomiso civil, si bien existe una transferencia del derecho de dominio, esta se lleva a cabo con una limitación. Así, se estableció que “el dominio puede ser limitado de varios modos: 1) por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición” (Ley 84, 1873, art. 793). De igual modo, en la Ley 84 de 1873 se especifica que “se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición” (art. 794).

En esta institución, el constituyente o propietario inicial transfiere, en favor de otra persona, llamada fiduciario, un bien para que esta lo restituya al mismo constituyente o a un tercero al momento de verificar una condición. El derecho del fiduciario tiene la característica de que no es un derecho de propiedad perpetuo, sino temporal, pues cuando es verificado el cumplimiento de la condición, la propiedad del bien pasa a ser del fideicomisario o beneficiario. En este sentido, la condición establecida resuelve el derecho para el fiduciario y es constitutiva del derecho para el beneficiario.

Para que exista un fideicomiso civil, debe haber una condición; de lo contrario, se configura una transferencia simple de la propiedad. Este requisito implica la existencia de un riesgo: si la condición no se cumple, el propietario fiduciario podría convertirse en pleno propietario, con lo que se contradice el mismo sentido del fideicomiso civil, que es la limitación a la propiedad del fiduciario.

Entre las grandes limitaciones de la propiedad fiduciaria, se encuentran las consagradas en los artículos 810, 813, 815 y 819 del CC. Según los artículos 810 y 819 de este, el propietario fiduciario es dueño de la cosa constituida en fideicomiso y, como tal, puede enajenarla o transmitirla por causa de sucesión, si no lo tiene prohibido (Ley 84, 1873). De acuerdo con los artículos 813 y 815 del CC, el propietario fiduciario también puede gravar el objeto con hipoteca, servidumbre o censo, y tiene derecho a la libre administración de los bienes y a gozar de los frutos naturales y civiles de este cuando el constituyente no haya estipulado en contrario (Ley 84, 1873).

El artículo 813 del CC estableció que, por regla general, el usufructo de la propiedad fiduciaria es del fiduciario, no del constituyente ni del fideicomisario; adicionalmente, según el artículo 819 del CC, si al propietario fiduciario se le concede el derecho a gozar de la propiedad, el fideicomisario únicamente tiene derecho a lo que pueda existir al momento de la restitución. Por otro lado, en la fiducia mercantil el fiduciario no puede reportar ningún interés sobre los bienes fideicomitidos, dado que estos deben pasar a un tercero o al mismo constituyente. A ello, se añade que no se percibe ningún otro beneficio diferente a la remuneración a la que hay lugar con ocasión de la gestión realizada (Ley 84, 1873). Una de las diferencias más importantes entre una institución y otra radica en que en la propiedad fiduciaria no es posible garantizar la separación patrimonial de los bienes entregados a título de propiedad fiduciaria de los propios del fiduciario. Esto sí sucede en la fiducia mercantil, caso en el que la separación patrimonial no solo es jurídica, sino física y contable.

En cuanto a las calidades del fiduciario, en la fiducia civil la regulación colombiana no estipula ninguna condición necesaria para ser propietario fiduciario. En la fiducia mercantil, el fiduciario ha de ser una persona jurídica de cualidades particulares; entre estas, la experiencia, la eficiencia, el respaldo y la solidez financiera. Únicamente las personas jurídicas autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera pueden tener la calidad de fiduciario, debido a que se requiere la verificación de los requisitos exigidos, tanto en los artículos 53 y 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (parte II, título II, capítulo 1). Por lo anterior, en la fiducia mercantil el fiduciario no puede delegar sus deberes, pues su condición deviene de la idoneidad para realizar su objeto social, cualidad considerada por la Superintendencia Financiera al momento de autorizar su funcionamiento como sociedad fiduciaria. Adicionalmente, entre sus deberes se encuentra “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (Decreto 410, 1971, art. 1234).

En cuanto a otras diferencias posibles entre la propiedad fiduciaria y el contrato de fiducia mercantil, se evidencia que la primera solo puede constituirse por un acto entre vivos o un testamentario que conste en escritura pública debidamente otorgada; mientras tanto, la fiducia mercantil se constituye por documento privado o por escritura pública, según la voluntad del

constituyente, sin perjuicio del registro al que haya lugar al transferir los bienes, según su naturaleza.

Por disposición legal, señalada en el artículo 800 del CC, la duración de la propiedad fiduciaria puede darse hasta por 30 años. Por su parte, la fiducia mercantil tiene una estipulación máxima de 20 años, con excepción de los fideicomisos cuyos beneficiarios sean incapaces, entidades de beneficencia o utilidad común (Ley 84, 1873). En la actualidad, el esquema de propiedad fiduciaria o fideicomiso civil tiene poco uso, pues este ofrece ventajas mínimas frente a la totalidad de necesidades del tráfico jurídico y de las relaciones mercantiles.



Tabla 1. *Comparativa entre fideicomiso civil y fiducia mercantil*

CARACTERÍSTICA	FIDEICOMISO CIVIL	FIDUCIA MERCANTIL
<b>Nominativa</b>	Fideicomiso.	Patrimonio autónomo-fideicomiso.
<b>Formalidad</b>	Escritura pública.	Documento privado o escritura pública.
<b>Calidades del fiduciario</b>	Persona jurídica o natural en quien el constituyente confía.	Sociedad anónima vigilada por la Superintendencia Financiera.
<b>Duración</b>	30 años.	20 años.
<b>Nacimiento de un patrimonio autónomo</b>	No se conforma.	Sí se conforma un patrimonio autónomo.
<b>Separación patrimonial</b>	No.	Sí, art 1233 del Código de Comercio.
<b>Requisito para que se transfiera la propiedad al beneficiario</b>	El acaecimiento de una condición.	Condición, plazo o voluntad del constituyente.
<b>Ejercicio del derecho de propiedad</b>	Los derechos y cargas del usufructuario con las limitaciones que imponga el fiduciante. El fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso.	El fiduciario actúa como vocero y administrador de los bienes, únicamente en cumplimiento de las instrucciones estipuladas contractualmente.
<b>Ejercicio del derecho de propiedad</b>	Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, este no es responsable de ningún deterioro.	No es concebible que con la constitución del fideicomiso se otorgue el derecho de gozar de la propiedad a arbitrio de la sociedad fiduciaria.
<b>Límites a la administración propiedad</b>	Contractuales.	Contractuales y legales (EOSF).
<b>Disposición de la propiedad</b>	Si se le concede, además, la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario solo tiene el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.	No es concebible que con la constitución del fideicomiso se otorgue el derecho de disponer libremente de la propiedad transferida a título de fiducia mercantil.
<b>Situación del beneficiario durante la ejecución</b>	El fideicomisario, mientras se cumple la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.	El fideicomisario, mientras se cumple la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

Fuente: elaboración propia

## **2 Importancia económica**

### **2.1 Esencia jurídica**

Tal como se expuso en el aparte histórico, la concepción del fideicomiso en Colombia no acepta la coexistencia de los dos intereses, en función del derecho real de propiedad que se defiende en la concepción anglosajona para el *trust*; la esencia jurídica del fideicomiso en la normatividad colombiana data de los postulados del derecho romano.

Como lo aseguró Rengifo (2012), ha existido un esfuerzo doctrinario por explicar la naturaleza del fideicomiso desde instituciones jurídicas diferentes; por ejemplo: la teoría del mandato, la del fideicomiso como patrimonio sin titular o patrimonio de afectación, la del desdoblamiento de la propiedad, la del fideicomiso como una transmisión de derechos de los cuales es titular el fiduciario, la del fideicomiso como una especie de negocio fiduciario, la del fideicomiso como negocio indirecto y la de la fiducia como acto de comercio (Rengifo, 2012). Sin embargo, para efectos pragmáticos, se definen la naturaleza y la esencia jurídica del fideicomiso desde la concepción expresada en el CCo colombiano, entre los artículos 1226 y 1244, según los cuales el contrato de fiducia mercantil es un contrato principal, típico, nominado, bilateral, oneroso y de tracto sucesivo con dos elementos esenciales (Decreto 410, 1971). En palabras de Rengifo (2012): “los elementos esenciales de este contrato son la transferencia real y efectiva de bienes del fideicomitente al fiduciario y la afectación del patrimonio autónomo que con tal transferencia se produce, a una finalidad específica” (p. 59).

La Corte Constitucional también se refirió a la esencia del contrato de fiducia en la Sentencia 086 de 1995, providencia donde se concluyó que dos de los elementos clave de este tipo de contrato son la transferencia del bien como elemento real y como elemento personal, y la “confianza que deposita el constituyente en el fiduciario” (González, 2019, p. 143), al ser esta la entidad idónea para administrar sus bienes y cumplir con el objeto del contrato.

### **2.2 Efectos jurídicos**

En la regulación del CCo colombiano, se encuentran los efectos jurídicos descritos a continuación. En primer lugar, se considera la siguiente estipulación: “los bienes objeto de la

fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida” (Decreto 410, 1971, art. 1227).

Otro de los efectos –no menos importante que el anterior– es el que contempla lo siguiente:

Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. (Decreto 410, 1971, art. 1233)

Sumado a ello, “los bienes que integran el patrimonio autónomo quedan separados de los activos del fiduciario, de los activos de otros negocios fiduciarios y de los propios del fideicomitente” (Arrendamos y vendemos, s.f., párr. 5).

De lo anterior se desprende que, con el contrato de fiducia coexisten cuatro patrimonios distintos: el del fideicomitente; el del fiduciario; el patrimonio autónomo constituido con la celebración del contrato y el aporte de los bienes; y el del beneficiario, cuando este es una persona diferente del fideicomitente. Igualmente, sin restarle importancia a la excepción que dicta que “el negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados” (Decreto 410, 1971, art. 1238), se tiene que, como efecto de los artículos 1227 y 1233 del CCo, los bienes afectos al patrimonio autónomo son inembargables y no hacen parte de la prenda general de los acreedores del constituyente, por lo que no pertenecen ya al patrimonio de este, en virtud de la separación patrimonial:

[...] Así pues, la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria en el ordenamiento jurídico colombiano actual no responde a un beneficio especial que el legislador otorgue a dicha institución, sino una consecuencia apenas lógica de la separación patrimonial que debe ser analizada a la luz de la teoría general de las obligaciones. (Panesso, s.f., p. 30)

Conviene distinguir que la separación de los bienes entregados en virtud del contrato de fiducia mercantil es una separación física, contable y jurídica. Para Bonivento (1995), el patrimonio que se conforma con los bienes aportados en virtud del contrato de fiducia mercantil “es un patrimonio relativamente autónomo, es decir, que transferido por el constituyente sale de su patrimonio para

integrar, especialmente, una universalidad propia, afecto a una finalidad que no se puede confundir con los bienes del fiduciario” (p. 280) y “[...] únicamente sirven para garantizar las obligaciones contraídas para el cumplimiento de una finalidad perseguida, es decir, todo dentro del campo negocial de la fiducia” (p. 281).

Otro de los efectos jurídicos del artículo citado en el inciso anterior se desprende de la expresión: “el patrimonio autónomo conformado está destinado al cumplimiento de los fines previstos en el acto constitutivo de la fiducia” (Decreto 410, 1971, art. 1233). En este sentido, la transferencia de la propiedad de los bienes es una transferencia con facultades limitadas, pues es deber del fiduciario desempeñar únicamente las acciones instruidas en favor del tercero beneficiario o del mismo constituyente, si así lo designa este. Al transferirse efectivamente la propiedad al fiduciario, las instrucciones otorgadas por el constituyente o fideicomitente sobre las conductas que debe desarrollar el fiduciario conforme a las estipulaciones contractuales se convierten en una limitación a los poderes que otorga el derecho de propiedad sobre los bienes transferidos.

Así las cosas, la combinación de la transferencia de la propiedad y las limitaciones a esta que otorgan las instrucciones y, por tanto, las obligaciones contractuales, constituyen una moderación a la libertad o a la ausencia de limitaciones en el ejercicio del derecho real de propiedad. En *Teoría general del negocio jurídico*, Betti (1959), citado por Rengifo (2012), manifestó lo siguiente:

El acuerdo de fiducia encaminado a limitar los poderes del fiduciario no sirve para quebrantar su posición en las relaciones externas, ni para resolver la propiedad con la consecución del fin, pero sí para hacer ilícito un eventual comportamiento que estuviese en contradicción con el destino convenido para las cosas que se le confían. (p. 57)

De la separación de los bienes del patrimonio del deudor y la formación de un nuevo patrimonio, surge una obligación para el fiduciario, como lo expuso Bonivento (1995): “al adquirir el dominio el fiduciario está obligado a defender y proteger los bienes fideicomitidos sin ninguna reserva” (p. 287). Dicho deber está consagrado legalmente en el CCo, en el artículo 1234. Si bien el patrimonio autónomo no cuenta con personería jurídica propia, sí es sujeto de derechos y obligaciones y la sociedad administradora es su vocera y representante frente a terceros, mediante los órganos de expresión propios de la sociedad. Al respecto, es oportuno tener en cuenta las siguientes apreciaciones:

Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionales, derivadas de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos [sic] actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia y en las reformas realizadas a este. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. (Decreto 1049, 2006, art. 1)

En desarrollo de la obligación legal e indelegable, establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional, que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia. (Decreto 1049, 2006, art. 1 y Decreto 2555, 2010, libro 5, parte 2, art. 2.5.2.1.1)

### **2.3 Recuento jurisprudencial sobre la naturaleza y esencia de la fiducia mercantil**

La Corte Constitucional se ha pronunciado en torno a estos temas en los términos que aquí se citan:

Retomando la característica esencial del primer elemento, cual es la transferencia del dominio, se tiene que de acuerdo con los artículos 1227, 1234, 1236 y 1238 del Código de Comercio, los bienes afectados por el fideicomiso no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, razón por la cual deben figurar contablemente en forma separada y, además, el beneficiario deja de ser “dueño” de sus bienes, aunque sí lo es de los beneficios que ellos reporten.

Debe igualmente señalarse que, según las voces del artículo 1233 de la normatividad citada, “los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y

de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. (Sentencia C-086, 1995)

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente respecto a la fiducia en garantía:

La fiducia en garantía es un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada fideicomitente o fiduciante le transfiera a una sociedad autorizada, denominada fiduciaria, uno o más bienes que respaldarán las obligaciones contraídas por aquel o por terceros, siendo la nota distintiva, que los beneficiarios de la fiducia, acreedores, podrán solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin intervención judicial, la realización de los objetos materia del convenio, para la solución de sus acreencias. (Sentencia SC 6227, 2016, p. 6)

Caracteriza a este tipo de fiducia su función de garantía de la solución de una o más obligaciones con la afectación y destinación de los bienes, los cuales salen de la esfera patrimonial del constituyente conformando un patrimonio separado del suyo y del fiduciario, para seguridad del crédito, es decir, “lo que hace el constituyente deudor al celebrar una fiducia mercantil con esa concreta y determinada finalidad, es prever un mecanismo que permita la solución de la obligación, si ella, *in futurus*, no puede ser satisfecha oportunamente, siendo claro que no es el acreedor quien realiza la garantía, sino un tercero, el fiduciario, en un todo de acuerdo con las instrucciones otorgadas”. (Exp. No. 05001-3103-012-1999-1000-01, 2006)

En el caso de la fiducia mercantil de garantía, el fideicomitente transfiere al fiduciario uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que respalden una o varias obligaciones, de forma tal que, en caso de incumplimiento, el fiduciario proceda a la enajenación de los mismos y a pagar correlativamente a los respectivos acreedores, en tanto beneficiarios de la fiducia. Como llanamente se desprende de este concepto, en esa clase de fiducia mercantil los bienes conforman un patrimonio autónomo que se constituye con el único propósito de garantizar el cumplimiento de un deber de prestación (CCo, art. 1233), por lo que salen del haber del fiduciante –las más de las veces el deudor–, para pasar al dominio –solo formal o especial– del fiduciario, quien a la manera de un tercero frente a la obligación garantizada y en el

evento de incumplimiento de la misma, deberá enajenar los bienes fideicomitidos con estricta sujeción a las instrucciones preliminarmente otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores beneficiarios el monto de sus acreencias, bien sea con el producto de la venta, o mediante la dación en pago, si ella fue prevista en el acto constitutivo y es aceptada por aquellos. (Gómez, 2009, p. 332)

En cuanto a las normas sobre los bienes que son transferidos en este tipo de negocios, la Corte Suprema de Justicia expresó:

[Que] en efecto, la propiedad transferida por el fiduciante y adquirida por el fiduciario está fuertemente limitada por su destinación única y exclusiva a las finalidades fiduciarias, circunscrita a estas y, con ella se integra un patrimonio de afectación o destinación; los bienes objeto de fiducia “no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y solo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”, están “separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios” (artículo 1227 Código de Comercio) y “forman un patrimonio afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (artículo 1233, Código de Comercio), o sea, constituyen un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio del fiduciante y del fiduciario destinado a la realización de un determinado fin en beneficio de aquel o del beneficiario.

“[...] Dentro de las diferentes teorías que se dan en torno a su naturaleza jurídica, el legislador patrio adhirió a la que trata la fiducia mercantil como constitutiva de un patrimonio autónomo afectado a una específica o determinada destinación, pues su fisonomía legal y la teleología que inspira su presencia en el campo de los negocios no dejan margen de duda para considerarlo como tal; de otra manera no se explica que los bienes fideicomitidos solo garanticen las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, que una vez son transferidos al fiduciario no se confunden con los propios de este ni con los provenientes de otros negocios fiduciarios, ni que deben mantenerse separados tanto material y contablemente, como desde el punto de vista jurídico”, sin oponerse a este aserto “la circunstancia de que excepcionalmente los bienes fideicomitidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fiduciante cuyas acreencias

sean anteriores a la constitución del fideicomiso, lo que previó el legislador no tanto en desmedro de su configuración autónoma, cuanto para preservar derechos constituidos en el pasado respaldados en la confianza que para aquellos representa el patrimonio del deudor como prenda general de sus obligaciones (artículo 1238 CCo)”, ni su carencia de personificación normativa pues, “cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad”.

En la especie de la fiducia mercantil de garantía, cuya confusión con el encargo fiduciario denuncia la censura, se transfieren unos o más bienes por el fideicomitente al fiduciario para constituir un patrimonio autónomo (artículo 1233 CCo), con la única finalidad de amparar, respaldar o garantizar el cumplimiento de una o varias relaciones jurídicas obligatorias propias o ajenas y, en caso de incumplimiento, solucionarlas con ellos, con sus frutos o con el producto de su enajenación. (Sentencia SC 076, 2008, pp. 20-22)

## **2.4 Importancia de la separación de los bienes del patrimonio autónomo y de los bienes del fideicomitente y del fiduciario**

La disposición encontrada en el artículo 1233, relacionada previamente, establece que uno de los efectos de la constitución del patrimonio autónomo es la separación patrimonial entre los bienes transferidos a dicho patrimonio y los bienes propios del fiduciario, así como con respecto a los bienes constitutivos de otros patrimonios autónomos. Además, allí mismo se indica que dichos bienes forman un patrimonio autónomo, el cual está afecto a la finalidad específica establecida en el contrato fiduciario. De lo anterior, nace la prerrogativa de que los bienes aportados a un patrimonio autónomo se separan no solo del bien fiduciario, sino de los del propio constituyente.

La importancia de la separación de activos referida radica en el tratamiento que el legislador ha querido otorgar a los bienes afectos a la finalidad consagrada en el contrato de fiducia. En otras



palabras, estos bienes conforman una universalidad jurídica totalmente diferente e independiente destinada a responder por sus propias obligaciones frente a los terceros con quienes contrata. Así, cuando esto último ocurre, no es concebible que los bienes tengan un fin diferente al contemplado en el acto constitutivo, sin perjuicio de la excepción consagrada en el artículo 1238 del CCo.

Si se entiende el patrimonio autónomo como un vehículo jurídico, en cuyo nombre pueden adquirirse derechos y obligaciones, se deduce que este cuenta con su propio patrimonio para respaldar el cumplimiento de las obligaciones que bajo su finalidad se adquieren. Entonces, no es admisible que se responda con sus bienes por obligaciones contraídas por terceras personas, como son el constituyente o el fiduciario; de ahí la importancia de la separación patrimonial. Por otra parte, si los bienes entregados en virtud del contrato de fiducia se confunden con los propios del fiduciario, del constituyente o, incluso, del beneficiario, no se cumple con uno de los elementos de la esencia del contrato de fiducia, este es, la posibilidad del constituyente de afectar unos bienes para el cumplimiento de una finalidad determinada.

La conformación de un patrimonio independiente, sustraído de los riesgos que puedan afectar el patrimonio de las partes intervinientes y vinculado a la consecución de una finalidad, es uno de los beneficios más importantes de la fiducia mercantil y, quizá, la motivación principal para que gran cantidad de empresarios utilice el fideicomiso como esquema para viabilizar sus proyectos. De acuerdo con el Decreto 1049 de 2006, en virtud del cual se reglamentaron los artículos 1233 y 1234 del CCo, se dispone:

[Que] los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. (Decreto 1049, 2006, art. 1)

En términos procesales, y de acuerdo con lo anterior, es un deber legal no solo la separación de los activos, sino dar a conocer a los terceros con quienes interactúa la sociedad fiduciaria, en

cumplimiento del objeto contractual, la calidad bajo la que actúa dicha entidad. Igualmente, es necesario que en los actos que suscriba el fiduciario, en virtud del contrato suscrito y en cumplimiento de su finalidad, se contemple la estipulación de que el fiduciario actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo referido, con el fin de que los terceros que con él contratan sepan que no se está comprometiendo el patrimonio propio del fiduciario, sino el de determinado patrimonio autónomo. Al momento de acudir a un proceso judicial, el fiduciario debe hacer público que actúa como vocero y administrador del patrimonio autónomo que administra para que la responsabilidad esté en cabeza de dicho patrimonio autónomo y se responda con los bienes afectos a este.

Es importante, entonces, que el fiduciario siempre exprese la calidad bajo la que actúa, con miras a separar las responsabilidades que puedan generarse a partir de cada una de las actuaciones, pues, de no divulgar que tal actuación se realiza según las instrucciones conferidas en el contrato de fiducia, podría entenderse que se desarrollan a título propio y estaría comprometiendo el propio patrimonio. En un proceso, el hecho de que la fiduciaria divulgue la calidad bajo la que actúa le permite al demandante tener claridad en cuanto a quién está legitimado por pasiva para comparecer al proceso y qué bienes es posible perseguir.

Para garantizar la independencia patrimonial de los bienes del fiduciario, las sociedades fiduciarias se identifican en la práctica jurídica con un número de identificación tributaria (NIT) diferente al de los patrimonios autónomos administrados; a su vez, cada uno de estos se identifica tanto por el nombre como por las partes involucradas (constituyente y beneficiario), los bienes encomendados y la finalidad perseguida.

## **2.5 Relevancia económica del contrato de fiducia mercantil**

### **2.5.1 Relevancia para el desarrollo económico**

El sector financiero desempeña un papel clave en términos económicos, sociales y públicos para el desarrollo del país. Como consecuencia de la globalización, la actividad financiera se ha desarrollado en un contexto de apertura e integración que ha hecho posible su crecimiento, de la mano de agentes locales e internacionales. En este escenario, la actividad fiduciaria se consolida como uno de los principales impulsores del desarrollo económico y social de los últimos años. El

fideicomiso mercantil ha logrado consolidarse como un vehículo jurídico que permite alcanzar cualquier finalidad lícita y viabilizar una gran cantidad de iniciativas empresariales.

Los fideicomisos sirven para hacer posibles múltiples proyectos y desarrollos económicos. Un contrato de fiducia mercantil puede tener como objeto la administración de recursos públicos, la planeación patrimonial y sucesoral, la administración de un patrimonio familiar, el otorgamiento de una garantía, la constitución de una fuente de pago, permitir el desarrollo de un proyecto inmobiliario, la administración de pasivos pensionales y contingencias, entre otros.

En el caso de Colombia, el fideicomiso se ha usado como medio contractual para alcanzar propósitos cuya obtención se dificulta por medio de otras figuras tradicionales, lo que abre paso a la creación de vehículos jurídicos asociativos y flexibles que promueven el desarrollo económico.

Por ejemplo, en el mercado de capitales el contrato de fiducia se ha convertido en un actor importante gracias a la versatilidad de su objeto y a la profesionalidad, idoneidad y respaldo patrimonial de las sociedades fiduciarias en el rol de administradoras, las cuales se han especializado como gestoras de activos e inversiones a través de fideicomisos mercantiles de inversión. Es destacable el impacto del sector fiduciario y financiero en la actividad económica del país gracias a la diversidad de negocios y el tamaño de estos. Según el reporte de la Asociación de Fiduciarias de Colombia (Asofiduciarias) al cierre del año 2019:

Durante el año 2019, el volumen de activos de terceros administrados por el sector fiduciario creció 19 % anual, situándose en \$627 billones de pesos, cifra que equivale al 61 % del Producto Interno Bruto colombiano (PIB). [...] Esta cifra representa el 24 % del total de activos del sistema financiero (\$691 billones al cierre de diciembre de 2019, incluyendo activos de las entidades vigiladas y de terceros). (Asofiduciarias, 2020, p. 14)

Dada la importancia del sector fiduciario y la cantidad de recursos que se administran hoy en el país mediante fideicomisos mercantiles, es oportuno afirmar que de su buen funcionamiento depende también la estabilidad del sector, lo que representa grandes desafíos para la seguridad jurídica.

### **2.5.2 Los fideicomisos inmobiliarios, principal muestra de cómo viabilizar proyectos a través de la fiducia mercantil**

La crisis hipotecaria que se vivió en varias partes del mundo al finalizar la década de los 90 fue un periodo difícil para la economía en general, dos sectores sintieron con mayor intensidad los efectos negativos: el constructor y el financiero. Esta crisis paralizó la actividad constructiva en el país y trajo consigo grandes dificultades económicas. Debido a las pérdidas sufridas, era necesario encontrar una forma distinta para desarrollar los proyectos. Por ello, se empezaron a buscar esquemas jurídicos que le permitieran al sistema financiero volver a creer en el sector constructor; y al público en general, participar de los proyectos inmobiliarios al comprar propiedades que aún no estaban construidas, sino “sobre planos”. Este esquema debía generar confianza para las partes involucradas, a fin de que creyeran que el dinero estaba seguro; así, los constructores podían apalancarse con los recursos de los compradores sin comprometerse, hasta que el proyecto contara con unas condiciones de viabilidad mínimas.

Entre tanto, el modelo debía permitir a los bancos participar de estos desarrollos con préstamos de capital, y estos solo debían girar sus recursos cuando estuvieran seguros de financiar un proyecto viable en términos jurídicos, financieros, técnicos y comerciales. Adicionalmente, el esquema debía ofrecer las garantías necesarias para recuperar los recursos en caso de un evento adverso que impidiera la consolidación del proyecto. De esta manera, nació la estructura de los fideicomisos inmobiliarios como una de las más útiles para el desarrollo económico de las últimas décadas, pues la actividad constructiva es una de las que más pesa en el Producto Interno Bruto (PIB).

En el fideicomiso inmobiliario regulado en la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, parte II, título II, capítulo 1, numeral 5), la fiduciaria se constituye en garante de que el constructor no puede hacer uso de los recursos de los compradores hasta que no se verifiquen las condiciones mínimas de viabilidad comercial, financiera y técnica. Este esquema le permite al constructor no suscribir promesas de compraventa cuando todavía desconoce si el proyecto es viable; en cambio, le da la opción de comprometerse y hacer uso de los recursos de los compradores cuando está seguro de la factibilidad de este (Superintendencia Financiera, 2014).

El sistema financiero volvió a “creer” en la construcción gracias al desarrollo de este tipo de esquemas, con los cuales se permite que los bienes inmuebles sobre los que se espera desarrollar el proyecto sean aportados por un tercero o por el mismo constructor a un fideicomiso, y que estén afectos a la finalidad perseguida en el contrato de fiducia. Al mismo tiempo, se le otorga al banco financiador del proyecto una garantía real sobre el lote a desarrollar, e incluso se da vía libre para que los recursos que se recauden en el mismo patrimonio autónomo tengan un beneficiario preferente; de esta manera, se pueden separar tanto el lote como los recursos del patrimonio del constructor, con el ánimo de conformar un patrimonio autónomo cuya finalidad sea única y específica: desarrollar las unidades inmobiliarias (Superintendencia Financiera, 2014). Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia, en su concepto No. 2004043706-2, ha mencionado:

Sobre la fiducia inmobiliaria ha sostenido la doctrina “[...] Aun cuando pueda participar de las características genéricas de los fideicomisos de administración y/o de inversión lo cierto es que, uno de los terrenos en el cual el fideicomiso se ha mostrado más atractivo, es en el desarrollo del proyecto inmobiliario en los cuales la presencia de numerosas partes, con intereses distintos y no pocas veces contrapuestos y la necesidad de brindar una garantía suficiente a todos los intervinientes, explica su enorme suceso. Piénsese, simplemente, en el desarrollo de un terreno urbano sobre el cual piensa construirse un número plural de edificaciones y en relación con el cual se necesita hacer contactos, tanto con las entidades especializadas de crédito que provean los recursos a largo plazo, como con los interesados en la construcción que, incluso, estarían dispuestos en avanzar fondos para pagar parte del precio, contratando en planos; con los ingenieros constructores y los calculistas; con las entidades municipales que deben otorgar los permisos; con las entidades de control gubernativo; con el propietario del terreno desde luego, etc. Pues bien, la presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja cuando una entidad especializada soporta en su cabeza la titularización del inmueble y ofrece, por consiguiente, plena seguridad de que existe un esquema equilibrado y profesional para que el contrato se desarrolle en la forma y términos que se hayan convenido. (Superintendencia Financiera, 2004, párr. 10)

Es así como, a raíz de la crisis de 1998, generada por el sistema hipotecario y la Unidad de Poder Adquisitivo (UPAC), se empieza a implementar en el sector constructor el modelo de fideicomisos

inmobiliarios para desarrollar proyectos de vivienda, hoteles, comercio y servicios. Este esquema ha permitido que todos los jugadores inmersos en el desarrollo de la construcción entreguen sus recursos y desarrollen sus labores con confianza y tranquilidad. Según el reporte de Asofiduciarias (2020), al cierre del año 2019, la fiducia inmobiliaria contaba con las siguientes cifras:

Bajo esta modalidad de negocio se registran tres subtipos definidos por la normatividad a saber: fiducia de administración y pagos, de tesorería y preventas. Al cierre de 2019, a través de este vehículo se administraron recursos por \$72,5 billones, en un total de 8253 fideicomisos, que representan el 11,6 % del total administrado por el sector y, respecto del número de negocios, representa el 33 % del total. (p. 16)

### **3 Procesos concursales**

#### **3.1 Naturaleza**

Los procesos concursales encuentran su naturaleza al atender lo establecido por el legislador en los artículos 2488 y 2492 del CC. Según el primer artículo, el patrimonio del deudor es la garantía general del cumplimiento de sus obligaciones; y en el segundo, se dispone que, ante el incumplimiento del deudor, todos sus acreedores pueden exigir de forma concurrente la ejecución de sus bienes para pagar las obligaciones contraídas por aquel con el producto de estos. Así, es oportuno recordar que la ley concursal está conformada por una serie de disposiciones de orden público que buscan que el empresario en dificultades no sea ejecutado por sus acreedores mediante procesos diferentes que, posiblemente, dejarían a unos en ventaja con respecto a otros. Al contrario, se pretende que todos los acreedores concurren en un solo proceso, independientemente del tipo de la obligación y las garantías con que se cuente. Con este tipo de procesos se busca preservar los principios de igualdad, colectividad y universalidad, y no privilegiar a ninguno de los acreedores, sin perjuicio de las prelaciones establecidas por la ley, según se explica más adelante.

#### **Tipos de procesos concursales**

La regulación colombiana contempla actualmente dos tipos de procesos concursales: el de reorganización y el de liquidación judicial. La apertura de cada uno de estos procesos tiene efectos diferentes que se consagran en la Ley 1116 de 2006.

### 3.2 Calificaciones de créditos y tipos de créditos

La preferencia de los créditos consiste en una escala fijada por el legislador para determinar en qué orden deben pagarse los créditos del deudor. Esta escala depende de las características propias de cada uno de los créditos, atendiendo al origen de estos, la calidad del acreedor y las garantías que los respaldan. El CC establece un orden de cinco tipos de créditos que sirve no solo para establecer a qué acreedores se les debe pagar primero, sino para reconocer con qué bienes se deben atender ciertas obligaciones en caso de concurrencia de créditos.

A los grupos de créditos que conforman cada uno de los cinco tipos se les llama clase; las cuatro primeras clases cuentan con un tipo de preferencia o privilegio, mientras que los créditos pertenecientes a la quinta clase no tienen ninguna preferencia ni privilegio frente a los demás acreedores. Ello implica que el pago de estos depende de lo que queda después de pagar los créditos de las cuatro clases anteriores. En palabras de Ospina (2014), “la prelación de créditos es la que la ley establece entre ellos para ser pagados en cierto orden, lo que puede determinar que alguno o algunos de ellos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente” (p. 66).

Asimismo, la escala de pago de los créditos implica que, ante un eventual proceso concursal de liquidación, se debe diferenciar el orden de pago de unos y otros créditos, en atención a ciertas condiciones establecidas por el legislador, llamadas preferencias. Estas últimas también se clasifican en dos grupos: generales y especiales. Las primeras brindan la posibilidad de perseguir la totalidad del patrimonio del deudor, sin discriminar entre unos bienes y otros; las segundas suponen una preferencia específica sobre un bien determinado. Como ejemplos de las preferencias generales están las que dan los créditos de la primera y cuarta clase; y, como ejemplos de las preferencias especiales, están aquellas de las que gozan los créditos de segunda y tercera clase, es decir, aquellos respaldados con prenda e hipoteca. En estos, si con el producto de los bienes no se alcanza a cubrir el valor de la obligación, el saldo por pagar se considera un crédito común, sin preferencia alguna, y está condicionado al prorratio sobre el total de los créditos no privilegiados. Para Ospina (2014), “lo único cierto es que la ley señala prelación entre los créditos concurrentes, asignándoles a algunos de ellos la preferencia o el privilegio, como se quiera llamar, de ser pagados antes de los comunes o batistas” (p. 67). El legislador colombiano dispuso en la Ley 84 de 1873:

[Que] las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquiere por cesión, subrogación o de otra manera. (art. 2493)

En la misma ley, se considera que “gozan de privilegio los créditos de primera, segunda y cuarta clase” (Ley 84, 1873, art. 2494). Una vez los créditos son reunidos en grupos o clases según ciertas características, entre estas también existe un orden establecido por el legislador, lo que se conoce bajo el nombre de prelación.

### **3.2.1 La primera clase**

Los créditos pertenecientes a esta clase se encuentran regulados en el artículo 2495 del CC; no obstante, al considerar las modificaciones realizadas por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989 y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-92 de 2002, el orden debe ser el siguiente:

1. Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; y los créditos por alimentos a favor de menores;
2. las costas judiciales que se causen en el interés de los acreedores;
3. las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
4. los gastos de la enfermedad por la que ha fallecido el deudor;
5. los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses; y
6. los créditos fiscales por impuestos. (Ospina, 2014, p. 68)

Las obligaciones emanadas de los créditos enunciados no solo tienen la prerrogativa de ser pagados de forma prioritaria sobre todos los demás, sino que, para el pago de estos, se pueden hacer efectivos todos los bienes embargables que constituyan el patrimonio del deudor; entre estos, se incluyen los gravados con prenda o hipoteca y los del posadero o transportador a los que hace referencia la segunda clase.



### **3.2.2 La segunda clase**

A esta clase pertenecen los créditos dispuestos a favor de las siguientes personas y en las condiciones descritas:

1. El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por este en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta la concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.
2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta la concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.
3. El acreedor prendario sobre la prenda. (Ley 84, 1873, art. 2497)

Después de la expedición de la ley de garantías mobiliarias, y con base en lo estipulado en esta norma, los créditos garantizados con prenda deben considerarse como garantías mobiliarias:

[...] Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley. (Ley 1676, 2013, art. 3)

En síntesis, esta clasificación otorga una preferencia especial al acreedor para satisfacer el pago de las obligaciones a su favor con un bien mueble determinado y específico dentro de la totalidad de la masa de activos del deudor; por eso, dentro de esta clase de créditos no existe un orden o una prelación entre unos y otros, pues los relacionados otorgan la posibilidad de hacer efectivo el pago de las deudas con un único bien. A pesar de ello, sí se permite constituir varias garantías mobiliarias sin tenencia sobre el mismo bien; en estos eventos, el orden de prelación está dado por el momento del registro, de acuerdo con lo estipulado por el CCo en su artículo 1211.

### **3.2.3 La tercera clase**

Esta clase comprende los créditos que se garantizan con la constitución del derecho real de hipoteca sobre bienes inmuebles, otorgado por escritura pública debidamente registrada en la oficina de instrumentos públicos. Se trata de una causal de preferencia que le permite al acreedor perseguir un bien inmueble específico, y está regulada en el CC por el artículo 2499. Para esta clase de créditos, tampoco existe un orden, pues, como se explicó, el acreedor únicamente puede ir en busca de un bien determinado. En caso de que se den varias hipotecas sobre un mismo bien, el orden de prelación entre estas está dado por el momento de inscripción de las hipotecas en el registro de instrumentos públicos.

### **3.2.4 La cuarta clase**

De forma similar a lo señalado para los créditos de la primera clase, esta clasificación atiende una preferencia general sobre la totalidad de los bienes del deudor que no se hayan ejecutado en el pago de las obligaciones de las clases anteriores. En esa medida, pertenecen a esta clase:

1. Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.
2. Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos, y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de bienes y rentas.
3. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administran [sic] el padre sobre los bienes de este.
4. Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores.
5. Los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios. (Ley 84, 1873, art. 2504)

A pesar de la clasificación anterior, el momento del pago de las obligaciones en esta clase no obedece a un orden específico, sino a las fechas de las causas de cada uno.

### **3.2.5 La quinta clase**

Corresponden a esta clase todos los créditos que no contaron con ninguna preferencia o inclusión en las clases anteriores. Estos son los comúnmente llamados quirografarios, pues solo pueden ser pagados con los bienes del deudor que quedan después de pagar los de primera clase, satisfacer los de segunda y tercera hasta la concurrencia de los bienes que los garantizan, y pagar los de cuarta clase. Una vez se llega a los créditos de esta clase, si los bienes existentes son suficientes para cubrir el valor adeudado, se paga la totalidad de los créditos; en caso contrario, ante la insuficiencia de los bienes para cubrir el saldo adeudado por el deudor, “los créditos de quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha” (Ley 84, 1873, art. 2509).

### **3.3 Consideración de los procesos concursales en la legislación colombiana**

La regulación colombiana reciente sobre procesos concursales y de insolvencia empresarial ha estado enmarcada en las leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 1116 de 2006. Esta última contempla el actual régimen de insolvencia empresarial. La Ley 222 de 1995 exponía en su artículo 89 dos modalidades de procesos concursales: un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor o un concurso liquidatorio con respecto a los bienes que conforman el patrimonio del deudor. El título II de esta norma, correspondiente a los procesos concursales, fue derogado en su totalidad por la Ley 1116 de 2006, la cual consagra el régimen de insolvencia empresarial vigente. De otra parte, la Ley 550 de 1999, con la que se pretendía regular un régimen de reestructuración empresarial que permitiera viabilizar las sociedades que a él se acogieran, contemplaba el proceso de reestructuración empresarial; así, en el artículo 5 se estableció lo siguiente:

Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo. (Ley 550, 1999, art. 5)

Finalmente, la Ley 1116 de 2006, norma vigente, dispuso dos procesos: uno de reorganización y otro de liquidación judicial. Ambos tienen diferentes objetivos y efectos:

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. (Ley 1116, 2006, art. 1)

## **4 Procesos concursales y fiducia mercantil**

### **4.1 Efectos del proceso concursal en los contratos de fiducia mercantil**

Establece el régimen de insolvencia que “están sujetos al régimen de insolvencia empresarial, además de las personas naturales comerciantes y las personas jurídicas los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales” (Ley 1116, 2006, art. 2). No obstante, con el ánimo de delimitar el objeto del presente trabajo, no se estudian los efectos de la apertura del trámite concursal para el patrimonio autónomo como vehículo jurídico, sino únicamente el caso de la apertura del trámite concursal para el fideicomitente o constituyente. A continuación, se describen los efectos que tiene, para los contratos de fiducia mercantil, la apertura de un proceso concursal o liquidatorio, cuyo titular es el constituyente.

#### **4.1.1 Efectos de la apertura de un proceso concursal de reorganización, cuyo titular es el constituyente, en los contratos de fiducia mercantil**

En cuanto al proceso de reorganización, la ley de insolvencia ha establecido los siguientes puntos:

A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; [...] ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al

fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. (Ley 1116, 2006, art. 17)

Lo anterior quiere decir que la presentación de la solicitud de acogerse al proceso de reorganización implica la prohibición de constituir fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan por objeto efectuar enajenaciones de bienes y operaciones que no estén asociadas con el giro ordinario de los negocios del deudor, así como la prohibición de ejecutar dichos contratos, a menos de que exista una autorización del juez del concurso.

A partir de este momento, también se suspende la posibilidad de ejecución del bien objeto del patrimonio autónomo con fines de garantía. Luego, en cuanto a la continuidad de los contratos, una vez dada la apertura del proceso de reorganización, se establece: “por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía” (Ley 1116, 2006, art. 21). Sin embargo, no se encuentra el sentido de la estipulación de “con fines diferentes a los de garantía”, pues tampoco los de garantía pueden ejecutarse o terminarse en esta fase. La única interpretación posible es que, eventualmente, se permite la terminación de estos contratos, pero con la intención de que vuelvan los bienes del fideicomiso al patrimonio del deudor, como se considera en el artículo 43 numeral 2 de la Ley 1116 de 2006, según se expone posteriormente.

Como efectos de la no presentación o no confirmación del acuerdo, se consideran los enunciados en el artículo 38 de la Ley 1116; entre otros, los siguientes:

3. La culminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso.

4. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de

garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo será considerado sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelaciones de ley aplicables al concurso. (Ley 1116, 2006, art. 38)

Respecto a la prelación de créditos, la ley de insolvencia establece en su artículo 43 que, en los procesos de reorganización, los créditos amparados por fiducias mercantiles, con finalidad de garantía, se han de tratar de la manera que se describe a continuación.

En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.
2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá

que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.

3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto.
4. Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien. (Ley 1116, 2006, art. 43)

#### **4.1.2 Efectos del proceso concursal de liquidación**

En cuanto al proceso de liquidación, se deja clara la instrucción en el ámbito de los contratos de fiducia mercantil; y, según el artículo 50 de la Ley 1116, son efectos, entre otros:

4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.

7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula

correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelaciones de ley aplicables al concurso.

La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.

13. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. (Ley 1116, 2006, art. 50)

Desde la redacción del numeral cuatro, se puede entender que este incluye todo tipo de fideicomisos, no solo los de garantía. Si bien el legislador hace referencia únicamente a aquellos contratos de fiducia celebrados con la finalidad de amparar obligaciones propias o ajenas, el resto de contratos fiduciarios se encuentran incluidos en la primera parte de la disposición cuando se hace referencia a “aquellos de tracto sucesivo”. De esta manera, se entiende que se contempla todo tipo de contratos fiduciarios, con excepción de los que tienen por objeto la realización de actividades empresariales que tienen su propia posibilidad de ir a un proceso de insolvencia empresarial, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1116 de 2006 y entre los artículos 1 y 11 del Decreto 1038 de 2009:

Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores. (Ley 1116, 2006, art. 3)



### **4.1.3 Postura de la Superintendencia de Sociedades como juez concursal**

La primera decisión en línea con el planteamiento actual fue la tomada mediante el Auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995. En esta, la Superintendencia de Sociedades dio respuesta a los recursos de reposición interpuestos frente a las decisiones contenidas en los autos 410-5447 y 410-5577, donde la misma entidad advertía que Fiduciaria Anglo S. A. no podía ejecutar o negociar los activos administrados en un fideicomiso, pues consideraba que el constituyente, Acerías Paz del Río, se encontraba inmerso en un trámite concordatario y que por consiguiente, los activos del patrimonio debían atender las obligaciones incumplidas con la totalidad de los acreedores, no solo con los garantizados mediante el fideicomiso.

El impacto de esta primera decisión fue desconcertante, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad Acerías Paz del Río había solicitado recientemente una refinanciación de sus pasivos por un valor de USD 140 millones, y que la operación había sido garantizada mediante un fideicomiso, al cual se aportaron las acciones de una sociedad cementera del grupo para que, con los derechos económicos de las acciones, se constituyera una fuente de pago a favor de los acreedores o que, con el producto de la venta de estas, se pagaran las obligaciones.

Con esta decisión, la Superintendencia agrade a los acreedores que apoyaron la sociedad Paz del Río para refinanciar su deuda y los obliga a acudir al proceso concursal en igualdad de condiciones con los demás acreedores. Este hecho disminuye considerablemente la garantía inicial de las obligaciones y su posibilidad de pago. Esta providencia dio lugar a la vinculación de los beneficiarios del contrato de fiducia a las reglas del proceso concursal. El argumento de la Superintendencia de Sociedades, como juez del proceso concursal, fue defender que las normas de dicho proceso prevalecían en su aplicación sobre las normas que regulan el contrato de fiducia y, por tanto, se debían garantizar los principios que regían los procesos concursales.

La decisión representó un importante debate, no solo frente a la explicación de por qué los bienes que conformaban un patrimonio autónomo y que ya habían salido del patrimonio del deudor podían ser parte de la masa de bienes objeto del proceso concursal sin revocarse el contrato de fiducia, sino también frente a la desafortunada situación de los beneficiarios del contrato de fiducia, a quienes se les otorgó la misma prelación que a los acreedores previos a la constitución del

fideicomiso. Posteriormente, la decisión acogida sobre el caso Paz del Río fue replicada en los autos 410-3480 de 1997 y 410-7500, 410-7513 y 410-7508 de 1998. En estos, la Superintendencia de Sociedades expuso los mismos argumentos.

En repetidas ocasiones se ha consultado a la Superintendencia de Sociedades sobre cómo deben tratarse los bienes constitutivos de un patrimonio autónomo ante la apertura de un proceso concursal en cabeza del constituyente y a la luz de la Ley 1116, así como sobre la evidente contradicción entre las normas de insolvencia empresarial y las del fideicomiso mercantil. Esta entidad se ha pronunciado, como consta en los oficios 220-050986 de 2018, 220-025369 de 2019, 220-0281110 de 2019, 220-013429 de 2020 y 220-002376 de 2020, al fijar una posición clara mientras argumenta que, una vez el deudor se ve inmerso en un proceso concursal, no es posible que las sociedades fiduciarias ejecuten los bienes entregados con objeto del contrato de fiducia a favor de los acreedores o beneficiarios de dichos contratos sin autorización del juez del proceso. La entidad considera que una de las características principales de los procesos concursales es que estos son de naturaleza universal e igualitaria. Al respecto, se pronunció el Consejo de Estado, con ocasión del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; este estimó:

En conclusión, como lo ha explicado la doctrina, cuando se celebra una fiducia mercantil de garantía, la regla general es que los bienes entregados a la fiduciaria cumplan la finalidad impuesta por el constituyente, esto es, la de servir de garantía y eventualmente la de hacerse efectiva ante la necesidad de atender las obligaciones de aquellos acreedores en cuyo favor aquella se constituyó; empero, cuando el deudor ingresa a un trámite concursal la situación varía ostensiblemente, dado que el contrato y, específicamente, su finalidad deben ceder ante normas de orden público, pues en dichos casos los derechos fiduciarios que detentan los acreedores y que la fiducia garantiza, se suspenden en aplicación de los principios de universalidad, colectividad e igualdad imperantes en el derecho concursal.

Conforme a lo anterior, es claro que no existe vulneración de las normas de derecho privado invocadas por la demandante, dado que estas deben ceder frente a la aplicación de las normas especiales que rigen los procesos concursales, normas de orden público que prevén que todos los acreedores de la entidad objeto de liquidación, entre los que se encuentran los que están garantizados con contratos de fiducia mercantil en garantía, deben ejercer sus

derechos al interior del trámite liquidatorio, debiéndose suspender en consecuencia la ejecución de tales contratos para que los créditos de los acreedores beneficiados con la garantía fiduciaria sean satisfechos en este. (Sentencia 2003-04295, 2018, p. 3)

Según estos pronunciamientos, los acreedores o beneficiarios del contrato de fiducia deben ser parte del trámite concursal; en este sentido, la ejecución del bien por parte del fiduciario, sin sujeción a la normatividad del proceso concursal, estaría viciada de nulidad.

Algunas de las posturas jurídicas a favor de devolver los bienes al patrimonio del deudor enfatizan en la transparencia que se observa cuando el constituyente transfiere el activo y, en su lugar, recibe derechos fiduciarios sobre el fideicomiso. Con ello se argumenta que, al recibir el constituyente los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso, el bien objeto del contrato de fiducia no es totalmente ajeno al patrimonio del constituyente. Lo anterior desconoce todo lo expuesto sobre el contrato de fiducia en cuanto a su esencia y sus efectos jurídicos.

#### **4.1.4 Bienes excluidos del proceso concursal**

La Ley 1116 de 2006 ha contemplado dos eventos en los cuales, cuando se da apertura a un proceso concursal en cabeza del constituyente, no se suspenden o terminan los contratos (según el tipo de proceso) y los bienes objeto del contrato de fiducia siguen cumpliendo su objetivo contractual. Dichos casos son los fideicomisos constituidos con la finalidad de realizar emisiones de títulos en el mercado de valores o garantizar dichas emisiones, además de los fideicomisos de garantía; ello, siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en la ley de garantías mobiliarias, como se explica a continuación.

##### ***4.1.4.1 Fideicomisos inmersos en actividades del mercado público de valores.***

Al respecto se estipula:

[Que] tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no se requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una

fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores. (Ley 1116, 2006, art. 17)

Consecuentemente, cuando se relacionan los efectos de la no presentación o la falta de confirmación del acuerdo de reorganización, se considera en el artículo 38:

Lo previsto en el presente artículo no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o en el exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión. (Ley 1116, 2006, art. 38, párrafo)

De igual manera, al contemplar los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial, se estipula en el artículo 50:

Lo previsto en el presente artículo no se aplicará respecto de cualquier tipo de acto o contrato que tenga por objeto o como efecto la emisión de valores u otros derechos de naturaleza negociable en el mercado público de valores de Colombia o del exterior, ni respecto de patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de titularización a través del mercado público de valores, ni de aquellos patrimonios autónomos que tengan fines de garantía que formen parte de la estructura de la emisión. (Ley 1116, 2006, art. 50, párrafo)

Las anteriores disposiciones evidencian el interés del legislador por proteger los inversionistas del mercado público de valores. Debido a que la dinámica financiera es una actividad de interés general, es deber del Estado no solo regular el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los recursos provenientes del público, sino proteger los intereses de los ahorradores como consumidores financieros (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 335). Sin embargo, teniendo en cuenta estas y otras consideraciones expuestas posteriormente, este trabajo da cuenta de los pocos efectos que logra esta exclusión frente a la magnitud de los recursos que se invierten a través de fideicomisos, la diversidad de estos y la cantidad de personas relacionadas en las

diferentes tipologías de contratos de fiducia mercantil. Ello lleva a concluir que el legislador deja descubierta de protección una situación jurídica de igual o mayor relevancia que la planteada para el mercado público de valores.

#### ***4.1.4.2 Fideicomisos de garantía.***

La ley de insolvencia empresarial, al hacer referencia a los bienes excluidos del proceso de liquidación, fija para la fiducia en garantía una posibilidad de defensa y continuidad del contrato con la que no cuenta ninguna otra tipología. En la Ley 1116 de 2006, se establece que “el gobierno nacional reglamentará los casos en los cuales los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia” (art. 55). Posteriormente, se reglamentó la disposición anterior:

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley. (Decreto 1038, 2009, art. 12)

Con el surgimiento de la ley de garantías mobiliarias, esta exclusión fue más clara aún:

Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006. (Ley 1676, 2013, art. 3)

Frente a lo anterior, es necesario anotar que las normas citadas hacen referencia exclusiva a los fideicomisos de garantía como aquellos que, con las consideraciones expuestas, pueden gozar de la exclusión de los bienes a ellos aportados de la masa de activos vinculados al proceso concursal correspondiente. No obstante, aunque la Superintendencia Financiera tiene una clasificación de

tipos de negocios fiduciarios donde se estipulan unas características, unos procedimientos y unas finalidades específicas para cada tipología de contrato, en la práctica jurídica puede entenderse como garantía toda aquella estructura jurídica que permite la protección de un derecho de crédito contra un eventual riesgo de no pago. Así, es viable plantear que, más allá de su denominación, esta exclusión puede incluir otras modalidades de negocios fiduciarios, pues, como se explica posteriormente, no se encuentra una razón jurídicamente fuerte para la reducida exclusión de este tipo de fideicomisos de los efectos de los procesos concursales. Así lo expuso Cárdenas (2014): “desde esta perspectiva debe entenderse que un patrimonio con fines de garantía es aquel que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad” (p. 75).

## **4.2 Acciones reconstructivas del patrimonio**

### **4.2.1 Propias del proceso concursal y así consideradas en la Ley 1116 de 2006**

#### ***4.2.1.1 Acción revocatoria y de simulación.***

La ley de insolvencia consagró lo siguiente:

Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos:

1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe.
2. Todo acto a título gratuito celebrado dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial.

3. Las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando ellas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados. (Ley 1116, 2006, art. 76)

De forma consecuente, también el decreto reglamentario de la Ley 1116 reguló estas acciones, como se evidencia en este fragmento:

Podrá demandarse ante el juez del concurso en los términos de los artículos 74, 75 y 76 de la Ley 1116 de 2006, la transferencia de bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, realizada durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de insolvencia, contados al momento del registro del referido contrato. (Decreto 1038, 2009, art. 14)

Cuando el acreedor está inmerso en un proceso concursal, el inicio de la acción pauliana beneficia a todos los acreedores que hacen parte del proceso y no afecta la escala de preferencia y prelación establecida en el artículo 2493 del CC.

#### ***4.2.1.2 Acción de nulidad de los actos del deudor concursado.***

La normatividad colombiana estipuló: “son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores” (Ley 84, 1873, art. 2490). En este sentido, una vez el deudor ingresa al proceso concursal, se crea una incapacidad en cabeza suya; ello, en cuanto a que este es privado de la administración de sus bienes:

El hecho de que el deudor esté sometido al trámite del proceso concursal de liquidación obligatoria no lo convierte en un incapaz general, como los taxativamente enumerados por el artículo 1504, esto es, que no lo hace inhábil para todos los actos de la vida civil sin el ministerio o la autorización de un guardador; sin embargo, la aprehensión de sus bienes embargables y su separación de la administración de estos, la que se le confía al liquidador,

sí configuran una incapacidad particular del deudor, en cuanto este ya no puede realizar los actos jurídicos relativos a esos bienes que integran la masa. (Ospina, 2014, p. 189)

De lo anterior, se deduce que los actos jurídicos que el deudor lleve a cabo después de la apertura del trámite concursal se verían sancionados según el artículo 2490 del CC; esta incapacidad es una limitación al deudor, establecida para proteger a sus acreedores. El efecto de la declaratoria de la nulidad implica la restitución de los efectos del acto jurídico al estado inicial: “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (Ospina y Ospina, 2009, p. 461). En conclusión, para atacar los actos jurídicos realizados por el deudor, antes de la apertura del trámite concursal y por lo tanto mientras no haya limitación alguna para administrar sus bienes, procede la acción revocatoria; ello, debido a que mediante esta sus acreedores pueden obtener la revocatoria de aquellos actos jurídicos que, al ser válidos, hayan sido celebrados por el deudor y unos terceros con ánimo defraudatorio. En cuanto a los actos jurídicos realizados por el deudor, después de darse apertura al proceso concursal, ya no procede la acción revocatoria, sino la acción de nulidad, pues en ese momento el deudor carece de la facultad de administración de sus bienes y, en consecuencia, los actos celebrados están viciados de nulidad.

#### **4.2.2 No propias del proceso concursal o no consideradas en la Ley 1116 de 2006**

##### **4.2.2.1 Acción pauliana.**

Como lo mencionó Ospina (2014), “la acción pauliana es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos de este con perjuicio de los créditos de aquellos” (p. 168). El CC consagra la acción pauliana en los siguientes términos:

En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de



mala fe el otorgante y el adquirente esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de deliberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contando desde la fecha del acto o contrato. (Ley 84, 1873, art. 2491)

Para que esta acción pueda prosperar, se requiere que en los actos jurídicos realizados por el deudor se demuestre la coexistencia de dos condiciones: el perjuicio causado a los acreedores y el ánimo fraudulento. El primer elemento implica que, mientras la masa de bienes del deudor sea suficiente para cubrir sus créditos y no los perjudique –en el sentido de que sus actos jurídicos no pongan en peligro la posibilidad de responder con sus bienes por las obligaciones adquiridas–, este podría continuar con la libre administración de sus bienes y la acción interpuesta por sus acreedores no prosperaría. Por lo tanto, para que esta tenga sentido, los acreedores deben probar que, con el acto jurídico que demandan, el deudor empeoró sustancialmente su situación patrimonial, lo que pone en riesgo el pago de sus obligaciones.

El segundo elemento, según el planteamiento mayoritario de la doctrina, hace referencia a la comprensión que el deudor debe tener sobre el estado de su patrimonio y la afectación que tendría para este, la realización del acto jurídico cuestionado, que pudo ponerlo en dificultades para pagar sus deudas, habiendo traicionado de esta manera la confianza de sus acreedores. Para Ospina (2014), de los incisos 1 y 2 del artículo 2491 del CC, se infiere que “la acción no procede cuando al deudor no le es imputable esa precisa mala fe, aunque haya incurrido en imprevisión, temeridad, negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes” (p. 170). Así, la acción pauliana podría interponerse antes o después de que el deudor se vea inmerso en un proceso concursal. Se debe tener en cuenta que dicha acción tiene un año para ejercerse después de la realización del acto jurídico, según la disposición del CC. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto:

Ahora, relativamente a las acciones auxiliares memoradas, la pauliana concretamente, la Sala encuentra que de su establecimiento en el inciso 2º del artículo 1238 del CCo, no hay

ninguna duda, pues en los siguientes términos está consagrada: el negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados (hace notar la Corte). Y no hay lugar a discusión alguna, se dice, habida cuenta que la revocación de los actos celebrados por el deudor, fundamentada en la existencia de un concilio fraudulento, hace parte, precisamente, de la estructura de dicha acción y, desde luego, el tratamiento que amerita, dada su naturaleza y características, es el que de ordinario le ha dispensado la corporación, exigiendo, para su prosperidad, la concurrencia de dos pilares imprescindibles: el *consilium fraudis* y el *eventus damni*; la ausencia de cualquiera de ellos trunca la reclamación revocatoria. Es más, la norma bien había podido prescindir de tal consagración en su texto, pues ajeno a cualquier controversia está que el fraude no puede generar derechos, que de presentarse tal hipótesis, sobrevendría la integración normativa.

Y, claro, al irrumpir la impugnación del negocio de fiducia a partir de la existencia del fraude y el daño generado a los terceros, según la lectura de la disposición atrás referida, el trámite que habrá de cumplirse debe atender los canales preestablecidos, pero el contrato que condensa el proceder fraudulento, debe necesariamente fenecer bajo el amparo de la causal 8a del artículo 1240 del CCo. Es decir, que tratándose de esta especie contractual, dadas sus peculiares características y, sobre todo, la necesidad de que obedezca a los fines previstos por el ordenamiento, ajeno, por consiguiente, a prácticas desleales o indebidas, el legislador fulmina el fraude con la extinción del negocio.

[...] Huelga reseñar, así mismo, que el inciso primero concede acción a los acreedores anteriores al negocio, o sea que la legitimación para la persecución de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo está reservada únicamente a aquellos; a diferencia del inciso segundo que la legitimación es reconocida en cabeza de los terceros, concepto que evidentemente es más amplio. (Sentencia 01041-01, 2010, pp. 25-26)

#### **4.2.2.2 Acción de simulación.**

Esta acción es otra de las posibilidades para los interesados que se vean perjudicados con los actos jurídicos del deudor, acreedores o no, de atacar los actos jurídicos realizados por aquel, y que aparentemente tengan una naturaleza, pero donde la voluntad real de las partes sea totalmente

diferente. Los interesados pueden elegir, dependiendo del caudal probatorio, la viabilidad de interponer la acción pauliana o la acción de simulación, o si se interponen ambas acciones de forma conjunta, lo que es totalmente posible. Puede ser más fácil iniciar esta acción en lugar de la acción pauliana, debido a que en la acción de simulación no es necesario demostrar la mala fe de los terceros, con quienes ha contratado el deudor. Para Ospina (2014):

En general, consiste esta en la connivencia entre las partes para fingir un contrato con el propósito de que este no produzca efecto alguno (simulación absoluta) o para disfrazar el contrato que realmente quieren celebrar con la forma aparente de otro contrato distinto, como cuando una donación se hace aparecer como si fuera una compraventa. (p. 190)

Al concluir, como se hizo después de explicar la acción de nulidad, esta acción procedería para atacar los actos realizados por el deudor, mientras se ostenta la administración de los bienes, no después de realizada la apertura del proceso concursal; esto, debido a que después, como se dijo, la acción que procede es la de nulidad.

#### ***4.2.2.3 Acción contemplada en el artículo 1238 del CCo.***

Nada estipula La Ley 1116 de 2006 ni los conceptos o pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades en cuanto a lo establecido en el CCo:

Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados. (Decreto 410, 1971, art. 1238)

Este artículo ha tenido una gran cantidad de interpretaciones por parte de la doctrina. Asimismo, se extraen dos consideraciones importantes. En primer lugar, del inciso segundo, que los terceros en cuyo perjuicio se haya constituido el fideicomiso pueden impugnar el negocio fiduciario; en esta disposición ya no se hace referencia únicamente a la persecución de los bienes como tal, sino a la posibilidad de los terceros, en fraude de quienes se haya constituido el contrato de fiducia, de impugnarlo y revocar la celebración del contrato mediante una declaración judicial. Esto traería

como consecuencia, que los bienes aportados deberían volver al patrimonio del deudor. Si bien la acción consagrada en este inciso corresponde a una acción pauliana, la terminación del contrato de fiducia tiene como sustento, además, lo relacionado en el artículo 1240 del CCo, numeral 8.

La segunda consideración es la contenida en el inciso 1 del artículo 1238, que consagra la posibilidad de los acreedores anteriores al contrato de fiducia de perseguir los bienes aportados al patrimonio autónomo, sin que sea necesaria la apertura de un proceso concursal para dicha persecución. Nada exige la acción consagrada en el inciso 1 del artículo relacionado sobre la demostración del ánimo defraudatorio característico de la acción pauliana. En cuanto al inciso 1, ha considerado la jurisprudencia de la Corte:

Y el espíritu de la acción auxiliar prevista en el artículo 1238 inciso 1 no es, exclusivamente, la recomposición del patrimonio del deudor a partir de la presencia del *consilium fraudis* y el *eventus damni*, sino, en esencia, establecer un mecanismo que materialice la garantía de que los bienes del deudor son, efectivamente, la prenda general de los acreedores y que aquel no puede valerse del pacto fiduciario en detrimento de estos; y, en esa dirección, considera la Sala que la norma memorada contempla una acción encaminada a recomponer el patrimonio del deudor, pero desprovista del fraude, que se estructura por la sola circunstancia de causarse un detrimento al acreedor o presentarse el acto reprochado con la jerarquía suficiente para generarlo (*eventus damni*), connotando, de manera nítida, una acción eminentemente objetiva. En ese contexto debe entenderse el contenido de la regla jurídica comentada. De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder, esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el solo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial.

La facultad del acreedor no está determinada única y exclusivamente por el hecho de la preexistencia del crédito; su conducta persecutora ha de estar anclada, se insiste, en el

interés por evitar la vulneración de sus derechos a raíz de la negociación celebrada por el deudor; es claro que las acciones de carácter judicial y el presente asunto no es la excepción, están instituidas como un mecanismo sucedáneo del actuar espontáneo de las personas frente a sus compromisos u obligaciones. Por ello, acudir a una u otra herramienta procesal es una opción que opera luego de evidenciarse que el llamado a satisfacer la prestación debida, no se aviene, voluntariamente, a tal objetivo o que ha desplegado actos que afectan seriamente la acreencia. Demostrada tal circunstancia, nace como opción válida, la de perseguir, con éxito, algunos bienes fideicomitidos.

Para la Sala es claro que la inteligencia del inciso primero del artículo 1238 del Código Comercio, involucra, de manera general, una típica acción auxiliar de los acreedores del fideicomitente, mas no en particular la pauliana, ni aquellas que objetivamente han sido enlistadas a propósito de los procesos concursales, como las que tratan ciertas normas (leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006), pero sí de jerarquía suficiente para intervenir en el contrato de fiducia, con miras a viabilizar la persecución de los bienes fideicomitidos e, inclusive, eventualmente, según las circunstancias del caso, a obtener su terminación. (Sentencia 01041-01, 2010, pp. 21-22)

La Superintendencia Financiera se ha referido a la acción consagrada en el inciso 1 del artículo 1238 (CE 029, 2014, parte II, título II, capítulo 1, numeral 4). Al respecto, se ha dicho que, si bien es una acción auxiliar de la que pueden hacer uso los acreedores anteriores al negocio fiduciario, esta no es de carácter ilimitado y debe sustentarse en la disminución de los bienes del deudor a un nivel que ponga en peligro el pago de sus obligaciones. Sobre la forma de instaurar la acción del inciso 1 del artículo 1238, se ha pronunciado la Superintendencia Financiera (2014), la cual ha establecido:

Se estima que para el correcto ejercicio de la acción de que trata el inciso 1 del art. 1238 del CCo y el buen éxito de la misma se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

En primer lugar, le corresponde a los acreedores –siguiendo los lineamientos generales de la carga de la prueba– demostrar los elementos de los cuales deriva su legitimación en la causa para actuar, vale decir, la preexistencia de una obligación teniendo en cuenta al efecto los términos en que fue pactada y el título que la documenta.

Al respecto, es necesario poner de presente que no por el hecho de tratarse de un acreedor anterior a la celebración del contrato de fiducia mercantil está legitimado *per se* para ejercer la acción de persecución de los bienes fideicomitidos, toda vez que si la obligación, vb. gr., está sometida a condición suspensiva, solo tiene la facultad para solicitar medidas conservativas en los términos del art. 1549 del CC.

En segundo lugar, corresponde al actor acreditar que el contrato de fiducia mercantil celebrado por el deudor propició o aumentó su estado de insolvencia, y, por ende, le produjo un perjuicio consistente en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos.

En tal virtud, no es cualquier acreedor el que tiene derecho para ejercitar la acción que se comenta, toda vez que para que esta prospere, el interés jurídico debe ser actual, esto es, debe tratarse de un interés protegido por la ley que resulta burlado o desconocido por la conducta del deudor.

En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un *eventus damni* sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción.

Si, no obstante lo anterior, se admitiera una demanda presentada sin que mediase ese interés jurídico al que se ha hecho referencia, el deudor fideicomitente –a nuestro juicio– puede defenderse con éxito alegando y probando que posee bienes suficientes para satisfacer la obligación que contrajo con el acreedor demandante, esto es, proponiendo la excepción que la doctrina francesa denomina de discusión de bienes, medio exceptivo que también puede –o debe proponer– la sociedad fiduciaria en cumplimiento del deber que le impone el numeral 4 del art. 1234 del CCo de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.

Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitidos por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia

mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario. (p. 7)

#### ***4.2.2.4 Acción de extinción del negocio fiduciario.***

La acción de extinción del negocio fiduciario está consagrada en el artículo 1240, numeral 8, del CCo; esta hace referencia a aquella que pueden iniciar los acreedores anteriores a la constitución del patrimonio autónomo. Para algunos autores, esta acción es una consecuencia de la prosperidad de la acción consagrada en el artículo 1238 del CCo; otros afirman que esta difiere del postulado de dicho artículo, pues en este no es claro si la persecución de los bienes necesariamente implica la extinción del contrato de fiducia. Mientras tanto, en el artículo 1240, numeral 8, sí es explícito este resultado; y con esta impugnación del contrato fiduciario se da la consecuente reconstrucción del patrimonio del deudor.

Esta acción requiere, además de la existencia de la obligación previa a la constitución del fideicomiso, que se demuestre que, con la constitución de este y con el aporte de los bienes a este, se disminuyó considerablemente el patrimonio del deudor como garantía de sus obligaciones, de forma que no sea posible cumplir con estas. No obstante, la Superintendencia Financiera ha sentado la claridad de que, mientras el constituyente no haya ingresado en un proceso concursal, según lo que se ha expuesto, se debe cumplir con las obligaciones en cabeza del patrimonio autónomo antes de declarar la extinción del negocio fiduciario y, posteriormente, regresar los bienes remanentes al deudor para con estos satisfacer el pago de las obligaciones anteriores a la constitución del patrimonio autónomo. Así lo ha aclarado la Superintendencia Financiera (CE 029, 2014, parte II, título II, capítulo 1, numeral 4.3):

Al efecto, ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes fideicomitados, previa la rendición y liquidación comprobada de cuentas de la gestión fiduciaria que constituye el efecto natural y obvio de dicha terminación.

Obviamente, dicha rendición y liquidación de cuentas, como paso previo a la restitución de los bienes fideicomitados, presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente

a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender a su eventual cancelación; entendiéndose que el remanente es el que es objeto de restitución. De esta forma se da cabal cumplimiento al precepto contenido en el art. 1227 del CCo. (p. 7)

#### **4.2.3 Otras acciones**

##### ***4.2.3.1 Acción de subrogación de los acreedores.***

Esta acción, más que una herramienta para recomponer el patrimonio del deudor en beneficio de sus acreedores, es un instrumento de tipo administrativo que permite a los acreedores tomar el lugar del deudor en el ejercicio de los derechos y acciones sobre los derechos patrimoniales de este. En una acción ejecutiva singular, este lugar lo toma el acreedor a través de un secuestre; en un proceso concursal, los acreedores toman esta administración a través de un representante, llamado agente interventor o liquidador, con el fin de administrar los derechos económicos provenientes del patrimonio del deudor, mientras estos bienes son rematados o adjudicados para darle terminación al proceso.

#### **4.3 Desnaturalización del contrato de fiducia mercantil a raíz de la aplicación de la Ley 1116 de 2006**

Para sustentar cómo la aplicación de la Ley 1116 desnatura el contrato de fiducia mercantil, se procede a relacionar por qué las estipulaciones de dicha ley desestiman los elementos de la naturaleza y la esencia del contrato de fiducia mercantil expuestos. Las disposiciones desconocen la estipulación del artículo 1226 del CCo, según la cual el fiduciario se obliga contractualmente a administrar o enajenar unos bienes para cumplir una finalidad determinada. Un proceso concursal en cabeza del constituyente, al interponerse durante la ejecución del contrato de fiducia, obstaculiza esta finalidad y no permite el desarrollo del mismo contrato, lo que deja tanto al constituyente como al beneficiario sin garantía de que se cumpla su objetivo.

La Ley 1116 desnatura el contrato de fiducia cuando permite que los bienes del patrimonio autónomo vuelvan al patrimonio del deudor, aun cuando el artículo 1227 estipula que los bienes



del patrimonio autónomo solo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento del objeto contractual. De igual modo, el artículo 1238 considera que únicamente los acreedores anteriores a la constitución del patrimonio autónomo podrán perseguir los bienes de este, siempre y cuando se cumpla con los requisitos consagrados cuando se estudió la acción reconstructiva del patrimonio del deudor, implícita en dicho artículo. No obstante, la Ley 1116 de 2006 no marca ninguna diferenciación al respecto, lo que permite que los acreedores anteriores y posteriores al contrato de fiducia puedan perseguir los bienes que ya habían sido destinados a una finalidad específica; de esta manera, se desconoce una de las prerrogativas más importantes consideradas por el CCo para el fideicomiso.

Sobre la separación patrimonial promulgada en el artículo 1233 del CCo, según la cual, con el aporte o la transferencia de los bienes, no solo se conforma un patrimonio autónomo independiente y separado de los activos del fiduciario y de los demás negocios, sino que este patrimonio está afecto a la finalidad contractual; con la instrucción de la Ley 1116, en cuanto a que, una vez se dé la apertura de un proceso concursal, se suspenda o termine el contrato de fiducia, y que en este último evento los bienes que conforman el patrimonio autónomo regresen al patrimonio del deudor para ser parte de la masa de bienes con que se atiende a sus acreedores, se desconoce el efecto jurídico del contrato de fiducia mercantil, según el cual, los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio independiente al del fideicomitente, al del fiduciario y al del beneficiario.

Al permitir la posibilidad de que los bienes aportados al patrimonio autónomo se restituyan al constituyente para que se satisfagan las acreencias a su cargo, se desconoce que estos ya no hacen parte del patrimonio del deudor y que son totalmente ajenos a este, lo que deja totalmente desprovisto de garantía de realización al fin buscado por el constituyente al momento de conformar el patrimonio autónomo. Tanto es así que, en la anterior ley de insolvencia (Ley 550, 1999, art. 69), ante un proceso liquidatorio, se ordenaba a la sociedad fiduciaria cancelar los certificados de fiducia en garantía y enajenar los bienes entregados en virtud de dicho contrato; ello, a fin de que se pagaran los saldos insolutos de los acreedores del deudor con el producto de la venta. Lo anterior, para algunos doctrinarios, era un proceder más acertado que la instrucción vigente de restituir los bienes al deudor, pues, con ocasión del contrato de fiducia, los bienes ya no pertenecen al deudor concursado; y como no le pertenecen, no deberían volver a su patrimonio.

Los bienes transferidos a un patrimonio autónomo salen del patrimonio del constituyente para conformar un nuevo patrimonio afecto a una finalidad específica. El fideicomitente ha enajenado los bienes a título de fiducia, razón por la cual estos no hacen parte de su patrimonio personal; asimismo, al no ser suyos, tampoco son garantía frente a sus acreedores. Desde la óptica del fideicomiso mercantil, no podría pensarse, como lo plantea la Ley 1116 (2006), que dichos bienes deben regresar a la esfera jurídica del patrimonio del deudor o constituyente por la apertura posterior de un proceso concursal, pues, en estricto sentido, dichos bienes ya no pertenecen al patrimonio del deudor y, por ende, tampoco al patrimonio objeto del concurso.

#### **4.4 Impacto de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1116 para las partes del contrato de fiducia mercantil**

Uno de los principales objetivos del ordenamiento jurídico debe ser la garantía de la seguridad jurídica ofrecida a los administrados, de forma que esta incluya la estabilidad de la interpretación y la aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico, a fin de que protejan la buena fe presunta de los particulares. Del análisis realizado, se deduce que la Ley 1116 de 2006 no garantiza la protección de quienes, de buena fe, contratan con fideicomiso, pues estos se ven afectados en beneficio de otros acreedores.

Desde la óptica del constituyente, la aplicación de la Ley 1116 implica un obstáculo para el cumplimiento del objetivo perseguido con la constitución del contrato de fiducia mercantil; la voluntad del constituyente no debería verse bloqueada mientras no se demuestre que con sus actos buscaba defraudar a sus acreedores. Según el postulado de la autonomía de la voluntad privada, es el deudor o constituyente quien decide, libre y voluntariamente, tratar mejor a un acreedor que a otro, y este tipo de situaciones son totalmente aceptadas en la práctica mercantil; los acreedores aceptan que sus créditos tengan o no garantía real, personal o fiduciaria, según el estudio que realicen de la capacidad de pago del deudor, como carga mínima a su actuar en el mundo de los negocios. Lo anterior, se repite, sin perjuicio de que se demuestre ánimo defraudatorio en las actuaciones de este.

Para el beneficiario, lo estipulado por la Ley 1116 de 2006 sobre los contratos de fiducia implica verse inmerso en una situación desventajosa, pues desde el acto constitutivo contaba ya con la

expectativa de un derecho sobre los bienes fideicomitidos. El hecho de que los bienes afectos al contrato de fiducia deban volver al patrimonio del deudor afecta la confianza y el interés del beneficiario o acreedor, quien cuenta, desde la constitución del fideicomiso, con un derecho eventual que se consolidará con el cumplimiento de la condición, tal como lo establece el CCo: “el beneficiario puede no existir en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración de este, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto” (Decreto 410, 1971, art. 1229).

Por último, para el fiduciario, la terminación de las estipulaciones implica la suspensión o finalización -según el tipo de proceso- de sus labores de administración del patrimonio, sin que ello represente mayores dificultades.

#### **4.4.1 Situación de los promitentes compradores inmobiliarios**

Como se dijo, en un fideicomiso no solo se involucran acreedores o beneficiarios acreedores, quienes parecen ser las únicas calidades consideradas por la Ley 1116, además de las de constituyente y fiduciario. Es este el caso de los patrimonios autónomos para los desarrollos inmobiliarios, donde el adquirente de las unidades inmobiliarias se vincula al patrimonio autónomo en calidad de promitente comprador o beneficiario de área, dos esquemas jurídicos funcionales y vigentes. En una u otra calidad, el encargante inicial y posterior comprador inmobiliario o beneficiario de área, espera que se le transfiera la unidad inmobiliaria resultante del desarrollo constructivo. Para el primer caso, en virtud del cumplimiento del acto prometido, la compraventa; para el segundo, como restitución de los aportes de recursos realizados al patrimonio autónomo. En la ley de insolvencia solo se hace alusión a la primera situación y, para sus efectos, se estipula:

Los promitentes compradores de bienes inmuebles destinados a vivienda deberán comparecer al proceso dentro de la oportunidad legal, a solicitar la ejecución de la venta prometida.

En tal caso, el juez del concurso ordenará al liquidador el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, previa consignación a sus órdenes del valor restante del precio si lo hubiere, y de las sanciones contractuales e intereses de mora generados por el no

cumplimiento, para lo cual procederá al levantamiento de las medidas cautelares que lo afecten.

La misma providencia dispondrá la cancelación de la hipoteca de mayor extensión que afecte el inmueble, así como la entrega material, si la misma no se hubiere producido.

Los recursos obtenidos como consecuencia de esta operación deberán destinarse de manera preferente a la atención de los gastos de administración y las obligaciones de la primera clase.

El juez del concurso autorizará el otorgamiento de la escritura pública, si con los bienes restantes queda garantizado el pago de los gastos de administración y de las obligaciones privilegiadas. De no poder cumplirse la obligación prometida, procederá la devolución de las sumas pagas por el promitente comprador siguiendo las reglas de prelación de créditos. (Ley 1116, 2006, art. 51)

Como se menciona en el artículo 51 de la Ley 1116, en este tipo de proyectos, el banco que financia el desarrollo exige la constitución de una hipoteca a su favor sobre el inmueble que pretende desarrollarse; así, se entiende que el promitente comprador no es un acreedor hipotecario ni un acreedor garantizado mediante un fideicomiso de garantía. En caso de que no sea posible cumplir la obligación prometida por el deudor por no haberse satisfecho las obligaciones privilegiadas, el promitente comprador debe esperar la posibilidad de que le devuelvan las sumas pagadas o, en su defecto, un porcentaje, según las normas de la prelación de créditos (Ley 1116, 2006). Ahora bien, el artículo 125 de la Ley 388 de 1997, o ley de desarrollo territorial, considera específicamente la situación de los promitentes compradores de vivienda y expone:

Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y que se encuentren en las situaciones previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, podrán acceder al trámite de un concordato o de una liquidación obligatoria, en los términos previstos en la Ley 222 de 1995 o en las normas que la complementen o modifiquen, siempre y cuando estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales del orden nacional, departamental, municipal o distrital.

PARÁGRAFO 1o. Las personas naturales o jurídicas de que trata este artículo, incursas en cualquiera de las situaciones descritas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, estarán sujetas a la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes, en los términos de la citada disposición.

PARÁGRAFO 2o. Cuando las causales previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968 concurren con cualquiera otra de las previstas en la misma disposición, procederá la toma de posesión.

PARÁGRAFO 3o. Los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los promitentes compradores, se tendrán como créditos privilegiados de segunda clase, en los términos del artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y se tenga certeza de su otorgamiento. (Ley 388, 1997, art. 125)

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este trabajo, se encuentra una situación importante en estas dos consideraciones. La Ley 1116 no tiene en cuenta ninguna preferencia para los promitentes compradores, lo que indica que, según el artículo 51, podrían llegar a ubicarse en el último lugar de las prelaciones de créditos. En este sentido, cuando no sea posible lograr la escrituración de la unidad inmobiliaria, se les pagaría como acreedores de la quinta clase; esto, debido a que esta ley no menciona preferencia o prelación alguna para tal condición. Por otra parte, la Ley 388 de 1997 los trata de manera similar que a los acreedores beneficiarios, puesto que esta cuenta los créditos a su favor como créditos privilegiados de segunda clase.

A continuación se analizan las implicaciones de estas consideraciones. En primer lugar, un promitente comprador inmobiliario es, generalmente, un usuario del sistema financiero que no cuenta con el conocimiento técnico ni jurídico para asimilar los riesgos existentes. Por esta razón, deposita su confianza en la sociedad fiduciaria, para que esta entidad, vigilada por la Superintendencia Financiera, reciba y administre sus recursos hasta cuando sea posible verificar la viabilidad financiera, técnica y jurídica del proyecto inmobiliario. Tanto la disposición del artículo 51 como las otras prerrogativas de la ley concursal que dan por terminados los contratos de fiducia—donde se vincula una gran cantidad de personas y recursos provenientes del público de forma

masiva, y se ordena que los bienes afectos a estos regresen al patrimonio del deudor— ponen en riesgo la confianza que ofrecen este tipo de esquemas como motores del desarrollo económico.

Lo establecido en el artículo 125 de la Ley 388 de 1997 ofrece poco para garantizar la devolución de los recursos a los promitentes compradores. Si se analiza la disposición, lo que esta plantea es tratar a los promitentes compradores como acreedores de segunda clase en el orden de prelación de créditos establecido en el artículo 2497 del CC. Sin embargo, se debe recordar que ser tratado como acreedor de segunda clase quiere decir que existe un privilegio a favor del acreedor sobre un bien mueble específico; esto, para que, con el mismo bien o producto de la venta de este, se pague o se satisfaga su obligación.

De acuerdo con lo anterior, el legislador no aclaró, dada la situación de insolvencia del constituyente, cuál es el bien con el que se le paga a los promitentes compradores los recursos previamente aportados. Se debe tener en cuenta que, en este tipo de fideicomisos, los bienes que constituyen el patrimonio autónomo se reducen al inmueble sobre el que se desarrolla el proyecto, a los recursos provenientes de las cuotas de los promitentes compradores, a los aportes del fideicomitente y a los desembolsos del crédito constructor. En caso de que se pensara que el bien sobre el que los promitentes compradores tienen privilegio para la devolución de los recursos transferidos está compuesto por el valor de los recursos existentes en el patrimonio autónomo, los promitentes compradores no contarían con garantía alguna. Esto se debe a que, al estar el constituyente en un estado de insolvencia, lo que normalmente ocurre es que el fideicomiso mediante el cual se lleva a cabo el desarrollo constructivo, sea un patrimonio en situación de iliquidez y que, en el mejor de los casos, todo lo aportado e incluso lo desembolsado por el banco financiador del proyecto haya sido debidamente invertido en mejoras sobre el lote que se pretendía desarrollar, quedando los promitentes compradores sin bien sobre el cual defender su privilegio.

Ahora bien, si se considerara como segunda posibilidad perseguir el inmueble con sus mejoras, se encuentran obstáculos jurídicos; normalmente, el inmueble está hipotecado a favor del banco que financia el proyecto inmobiliario, y las mejoras realizadas a este acrecen dicho inmueble. Dado que el banco financiador tiene el privilegio frente al inmueble para que, con este o con el producto de este, se le pague el valor correspondiente a la deuda constituida a su favor, no hay otra opción para los promitentes compradores que esperar como cualquier otro acreedor quirografario o de la

quinta clase, a que luego de solucionarse la situación jurídica del banco, puedan quedar bienes o recursos remanentes con los cuales se les pueda pagar el crédito; el privilegio del acreedor hipotecario solo lo otorga la constitución del derecho real de hipoteca mediante escritura pública debidamente registrada y es difícil pensar en hacerlo extensivo a los promitentes compradores sin que se surta el acto jurídico necesario para que dicho privilegio se constituya a su favor.

La posibilidad de que los interesados en adquirir las unidades inmobiliarias pierdan sus recursos con ocasión del estado de insolvencia del desarrollador inmobiliario-constituyente no solo representa inseguridad, sino que implica una problemática social. Quienes se vinculan en esta calidad no cuentan con el entendimiento jurídico necesario para discernir las consecuencias de los riesgos implícitos y, por consiguiente, el legislador debe ofrecer una protección a este tipo de situaciones, como lo hizo con los fideicomisos que actúan en el mercado público de valores. Asimismo, el legislador no contempla el esquema jurídico de beneficiario de área, a través del cual se comercializan la mayoría de los proyectos inmobiliarios. Jurídicamente, este esquema cuenta con diferencias importantes frente al de los promitentes compradores; sin embargo, estas no se explican porque no son parte del objeto del presente trabajo. No obstante, se podría entender que el tratamiento es similar al planteado para los compradores inmobiliarios, pues ambas figuras jurídicas permiten a los encargantes la adquisición de las unidades inmobiliarias.

#### **4.5 Debilidades o yerros encontrados en la aplicación de la Ley 1116 de 2006 frente a los contratos de fiducia mercantil**

Como primera debilidad de las normas expuestas, se extrae que al fideicomiso de garantía se le ha dado una protección especial al sustraer los bienes afectos a este de la masa de activos con los que se atiende el proceso concursal; sin embargo, como lo mencionó Cárdenas (2014), “por garantía se puede entender también todo tipo de negocios fiduciarios constituidos con el fin de ofrecer seguridad en el cumplimiento de una obligación” (p. 75). Lo que motiva la decisión del legislador es la finalidad del fideicomiso y no el hecho de que se le denomine de una u otra manera; en este sentido, podría decirse que muchos fideicomisos de denominación diferente podrían cumplir con la consideración anterior.

No se encuentra, entonces, razón alguna para la diferenciación que hace el legislador entre unas y otras tipologías de negocio, y por qué proteger más al fideicomiso de garantía. En el caso de la Ley 1676 de 2013, el legislador otorga, sin justificación, una prerrogativa diferente a los bienes aportados a un fideicomiso de garantía; aunque este no modifica ningún orden de prelación del CC, concede al acreedor una diferenciación con respecto a los demás beneficiarios de otros tipos de fideicomisos al mejorar su expectativa de derecho, puesto que aquel cuenta con la prerrogativa de que se le realiza el pago con un bien determinado o mínimamente determinable, el cual constituye la garantía.

Por otra parte, los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades promulgan los principios de universalidad e igualdad, pero se excluyen los bienes de los patrimonios autónomos, materia de los procesos de titularización colocados a través del mercado de valores. El legislador da una protección especial a los inversionistas del mercado público de valores al afirmar que, en este caso, los bienes sí salen definitivamente del patrimonio del deudor; y aunque este pueda verse inmerso en un proceso concursal, estos se mantienen afectos de forma definitiva a su finalidad y no deben volver al patrimonio del deudor. Lo anterior no busca una finalidad diferente que la de proteger los recursos provenientes de los ahorradores o inversionistas del mercado de valores.

No obstante, estos no son los únicos negocios fiduciarios en los que se comprometen recursos provenientes del público, pues existen otras tipologías que vinculan una gran cantidad de personas, como los fideicomisos inmobiliarios, que son vehículos de interés general del público. El tratamiento que actualmente se les da, desnaturaliza el contrato de fiducia al dejar a los intervinientes expuestos a la insolvencia de quien los constituyó, lo que genera una posible afectación de intereses masivos.

Expuestas todas las debilidades encontradas frente a la situación de los promitentes compradores de unidades inmobiliarias destinadas a vivienda, es necesario advertir que a través de fideicomisos no solo se desarrollan proyectos inmobiliarios de vivienda. También existen desarrollos inmobiliarios con finalidades diferentes: comercio, servicios y hoteles. No se encuentra ninguna consideración en la Ley 1116 para los encargantes y promitentes compradores de estos proyectos.

La Corte Constitucional, en múltiples pronunciamientos sobre la actividad financiera, ha dejado claro que ese carácter de interés público deviene de las actividades que desempeñan las entidades



financieras que involucran el manejo, el aprovechamiento y la inversión de recursos que se reciben del público. La regulación, la interpretación y el tratamiento para el contrato de fiducia, a raíz de la Ley 1116 de 2006, deja de lado el principio constitucional de protección del interés público; toda vez que, según se expuso para el caso de los terceros vinculados a proyectos inmobiliarios (compradores y beneficiarios de área), la norma representa un riesgo de pérdida de estos recursos por parte de sus aportantes. Esto, dado que los deja expuestos a un proceso concursal de un patrimonio insolvente, donde se deben pagar primero las acreencias privilegiadas.

Los argumentos de la aplicación de la Ley 1116, por encima de las prerrogativas del CCo, son la aplicación de los principios de universalidad, la colectividad y la igualdad, pero estos resultan desacertados frente al contrato de fiducia mercantil. El principio de universalidad se refiere a la obligación de todos los bienes del deudor concursado de hacer parte de la masa de activos objeto del proceso; sin embargo, como se expuso, con la conformación del patrimonio autónomo, los bienes afectos a la finalidad del acto constitutivo dejaron de pertenecer al deudor. Por tanto, este principio no aplica para estos bienes.

Adicionalmente, la universalidad, desde el punto de vista subjetivo, tampoco aplicaría, pues los acreedores del patrimonio autónomo no son acreedores del deudor y no tendrían por qué estar en el proceso concursal, cuyo titular es el deudor; estos han contratado con el patrimonio autónomo como centro de imputación jurídica y no con el constituyente. De igual manera, sobre el principio de colectividad, los acreedores del patrimonio autónomo no son acreedores del constituyente y, por ello, no tendrían por qué atender el llamado colectivo para acudir al proceso al que se les invita a todos los acreedores del deudor.

Sobre el principio de igualdad o par *conditio omnioum*, vale la pena resaltar que, si bien los acreedores del deudor deben recibir igual trato y se deben respetar las reglas de la prelación de créditos, los acreedores del patrimonio autónomo no son acreedores del constituyente y existe una causa jurídica suficiente para no predicar la igualdad, pues no es posible tratar como igual lo desigual. Así, no podría considerarse al acreedor del patrimonio autónomo como un acreedor del constituyente, puesto que, en uno y otro caso, el acreedor contrata con una expectativa de respaldo a sus acreencias totalmente diferente (Ley 1116, 2006).

La Ley 1116 deja al lector una tarea difícil de interpretación y de conjunción con otros textos normativos, al contemplar excepciones y reglamentaciones pendientes de definición para un proceso que debería ser de fácil entendimiento por su naturaleza, este es, el proceso concursal; por ejemplo, se habla indistintamente de acreedor, acreedor beneficiario o beneficiario, incluso parece que estos son confundidos. En los artículos 38 y 50 de dicha ley, se establece que “los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos” (Ley 1116, 2006), sin mencionar siquiera a los acreedores. Dadas las implicaciones de estar en una u otra condición –ser tratado como acreedor prendario, hipotecario o quirografario–, es importante considerar esta distinción en una ley de tal relevancia.

Así lo consideró Cárdenas (2014), para quien, dado que el contrato de fiducia termina y los bienes son restituidos al deudor, los acreedores del patrimonio autónomo, distintos a los acreedores beneficiarios, serían tratados como meros acreedores del fideicomitente sin garantía real, en consideración a que la literalidad de la norma solo hace referencia a los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo y no a aquellos que únicamente ostentan la calidad de acreedores. Como lo expresó Cárdenas (2014), “es bien complicado el hilo que se teje con esta aclaración, porque los acreedores que de buena fe contratan con el patrimonio autónomo generalmente, no están pidiendo que se les incluya como beneficiarios del contrato de fiducia” (p. 74); estos esperan que la naturaleza y la esencia del patrimonio autónomo, según las cuales el activo responde por el pasivo, sean suficientes para cubrir el monto de las obligaciones pendientes de cobro.

Otra cuestión de enorme importancia frente a las consecuencias de la apertura del proceso concursal es que la ley establece que “los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos” (Oficio 220-002376, 2020, p. 3); por ello, deben ser pagados según la prelación establecida en el CC tanto para la prenda como para la hipoteca. Así las cosas, los acreedores beneficiarios de un patrimonio son tratados como acreedores con garantía real. Frente a esta consideración, es pertinente anotar que los argumentos de la Superintendencia de Sociedades son imprecisos, pues sus conceptos sostienen que el trámite concursal debe cumplir con el principio de universalidad y que la razón para que los acreedores beneficiarios del fideicomiso acudan a él

es porque no es posible dar a las estructuras fiduciarias ningún grado de prelación diferente a los establecidos por el CC en el artículo 2493. No obstante, dicha institución crea las prelaciones de los acreedores prendarios o hipotecarios para los acreedores beneficiarios, lo cual es contradictorio.

Adicionalmente, debe resaltarse que el contrato de fiducia no busca alterar el régimen de prelaciones del CC, sino dar cumplimiento a un contrato con estructura propia para que se respete su finalidad. Tampoco es prudente dar a los acreedores o a los beneficiarios de la fiducia en garantía, las prelaciones contempladas en el CC para quienes ostenten la calidad de acreedores prendarios o hipotecarios, pues se trata de instituciones diferentes con una regulación especial dada por el legislador. Las normas fiduciarias permiten, para el acreedor, garantizar una administración más transparente de los bienes objeto del contrato de fiducia; ello, gracias a que los fideicomisos, como vehículos jurídicos, tienen unas bondades con las que no cuentan las garantías tradicionales. Sin embargo, al tratarlos como se explica a lo largo de este trabajo, la Ley 1116 los pone en el mismo nivel de estas.

La jurisprudencia ha analizado la fiducia en garantía (Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01, 2006). Al respecto, ha dicho la Corte: “si bien, esta clase de fiducia ha sido reconocida como una garantía admisible, ella no puede calificarse como un derecho real”. Asimismo, se ha precisado sobre la fiducia en garantía:

La fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor, no solo porque en materia de derechos de ese linaje rige –en Colombia– el criterio de *numerus clausus* –por oposición al *numerus apertus*– sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propiamente dicha– sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 CC), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib). Por supuesto que el hecho de haber sido catalogada dicha fiducia como garantía o seguridad admisible, para efectos de establecer la cuantía máxima de las operaciones activas que pueden desarrollar los establecimientos de crédito con una misma persona (cupos individuales), no autoriza su calificación como adamantino derecho real (Dec. 2360/93). Consecuentemente, no es posible confundir o entremezclar la fiducia con la prenda o la hipoteca, ya que solo estas

últimas hacen surgir garantías reales, con los atributos que le son propios, como prelación y persecución. (Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01, 2006, p. 21)

En el concepto 040130 del 31 de agosto de 1989, la entonces Superintendencia Bancaria emitió opinión con respecto a la naturaleza de la caución constituida mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía, por lo cual adujo:

[...] Es para todos los efectos una garantía personal, por cuando el beneficiario o acreedor no ostenta ningún derecho real sobre los bienes fideicomitidos, tampoco otorgan derechos de persecución y privilegio de dichos bienes, sino que el fiduciario al pagar la deuda con el resultado de la venta de los bienes cumple una obligación personal a su cargo y en favor del beneficiario. (Concepto 040130, 1989, p. 1)

La consideración de los acreedores del fideicomiso como acreedores prendarios o hipotecarios es inadecuada. Así lo expresó Bonivento (1995):

El tercero no tiene garantía real sobre los bienes: simplemente tiene la facultad de exigir del fiduciario la disposición de los bienes para pagar con su producto el respectivo crédito. No nace por consiguiente derecho real alguno en favor de tercero, quien conserva una relación estrictamente de contenido personal. Por eso, no se puede confundir la fiducia ni con la prenda ni con la hipoteca puesto que, como ya expusimos, estos son negocios que sirven para generar verdaderos derechos reales, con los atributos que le son inherentes de persecución y preferencia, mientras que el contrato de fiducia no permite la formación de un derecho de esa estirpe, por cuanto el acreedor apenas cuenta con la facultad de recabar la disposición de los bienes por el fiduciario. (pp. 299-300)

Según el autor, el beneficiario es un acreedor del fideicomiso que no puede iniciar acciones reivindicativas porque nunca ha tenido los bienes, pero sí puede iniciar acciones que busquen impugnar ciertos actos jurídicos realizados por el fiduciario que vayan en contra de sus intereses. El beneficiario no es propietario de los bienes hasta que no se cumpla el objeto del contrato de fiducia, es decir, la transferencia del bien; sin embargo, mientras esto ocurre, es un acreedor del fideicomiso.

Es una consecuencia equivocada la expuesta por la Ley 1116 y la Superintendencia de Sociedades, que hace acreedores del deudor a los acreedores del patrimonio autónomo, pues se desconoce que son dos esferas jurídicas totalmente diferentes, dos centros de imputación jurídica distintos, y que no es posible esa fusión entre ambos patrimonios, mucho menos la semejanza de instituciones tan desiguales como la prenda y la hipoteca con la fiducia en garantía.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos. La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso. (Oficio 220-025369, 2019, p. 3)

La Ley 1116 es poco favorable para los acreedores que, de buena fe, contratan con el fideicomiso y esperan que los bienes afectos a este puedan respaldar las obligaciones y alcanzar la finalidad perseguida, pues esta norma los envía a un proceso concursal de un patrimonio en dificultades, el patrimonio del deudor. En este escenario, como se dijo, contrario a los objetivos de la ley, se puede sacrificar el interés general por el de unos pocos acreedores del constituyente. Tanta importancia tiene esto que la Superintendencia Financiera (CE 029, 2014, parte II, título II, capítulo 1, numeral 4.3) ha señalado que, a propósito del artículo 1238 del CCo, cuando termina el contrato de fiducia por la acción de los acreedores:

Presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender a su eventual cancelación. (C.E. 029, 2014, p. 7)

Esto, dado que solo el remanente es objeto de restitución al deudor.

La solución ofrecida por la Ley 1116 se contrapone a la noción de esencia del patrimonio autónomo, según la cual los activos responden por los pasivos. Aquellos acreedores que, de buena fe, contrataron con el patrimonio autónomo, posiblemente no podrían pagar sus obligaciones con los bienes del patrimonio. Para Cárdenas (2014), “sus obligaciones deberían incluso pagarse antes

de las de los acreedores beneficiarios, quienes a la postre terminan mejor tratados, pues reciben el trato del acreedor con garantía real” (p. 74); ello, si se considera la interpretación del autor expuesta sobre los acreedores beneficiarios.

Así, la Superintendencia de Sociedades parece desconocer la posibilidad de la revocación del negocio jurídico otorgada por el legislador en las acciones reconstitutivas del patrimonio, que son una excepción a la teoría de la relatividad del negocio jurídico y que, por sí solas, permiten proteger a los acreedores de un posible desequilibrio patrimonial doloso por parte del deudor, ocasionado con la constitución del contrato de fiducia. Es interesante, además, comprender que cuando el legislador quería proteger los bienes afectos al contrato de fiducia, no buscaba defraudar a los acreedores -puesto que estos conservan las acciones revocatorias- sino dotar el contrato de fiducia de estabilidad y seguridad jurídica.

#### **4.6 Consecuencias de la aplicación de la Ley 1116 en cuanto a la funcionalidad práctica del contrato de fiducia mercantil**

En un contexto jurídico donde todas las disposiciones sobre la materia deben interpretarse unas en conexión con otras, las disposiciones de la Ley 1116 no tienen cabida frente a la clara idea del título XI del CCo. En este último, se sostiene que la fiducia es un negocio jurídico donde se forma un patrimonio independiente, afecto únicamente a una finalidad señalada en el acto de constitución; esta concepción se ve perturbada por la posibilidad de persecución de los bienes objeto del negocio fiduciario que consagra la ley de insolvencia.

La Ley 1116 debilita el fideicomiso como vehículo jurídico, lo que permite una inadecuada persecución de los bienes fideicomitidos. En varios procesos, se ha ordenado la terminación de los contratos de fiducia mercantil y la posterior restitución de estos bienes al patrimonio del deudor, lo que imposibilita la finalidad encomendada a la fiduciaria y deja desprovistos de cualquier protección a los beneficiarios. Asimismo, se genera una inseguridad para las partes, al poner en entredicho la realización de importantes proyectos de interés general que hoy se desarrollan mediante fideicomisos. Además, se desincentiva la inversión, lo que crea un país menos competitivo en términos de seguridad jurídica, pues esto implica riesgos para los acreedores o

beneficiarios que, de buena fe, aceptan el fideicomiso como un vehículo garante de sus derechos de crédito.

Este tipo de posturas limita el desarrollo del contrato de fiducia en Colombia y las finalidades perseguidas con el vehículo jurídico, que pueden ser tan amplias y extensas como se desee, siempre que se cumpla con los requisitos de existencia y validez. Lo anterior ocasiona que, en la práctica, se busque otro tipo de estructuras para garantizar los negocios, como los pactos de retroventas. Ello encarece la práctica de negociar por el valor de los costos, lo que implica la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles y los efectos tributarios implícitos, o las hipotecas y las prendas, que son garantías que al momento de ejecutarse, no presentan las ventajas de los fideicomisos en cuanto a flexibilidad, celeridad, posibilidad de pago de obligaciones sin la dilación de un proceso judicial, menor valor del bien ante un remate y, en general, costos de un proceso.

Contrario al interés de la Ley 1116 con respecto a proteger los principios de igualdad y de universalidad, es posible que, con estas disposiciones, se contraríen la prevalencia y la jerarquía del interés público inmerso en el desarrollo de la actividad financiera, puesto que en los fideicomisos interactúa un número masivo de agentes y recursos que se ven obligados a ceder en favor de un número limitado de acreedores del deudor.

## **5 Planteamiento de una solución diferente**

### **5.1 ¿Por qué buscar una solución diferente?**

Es relevante intentar encontrar una respuesta jurídica diferente a la que hoy se aplica ante las situaciones planteadas, a fin de defender la esencia del contrato de fiducia; esto, si se considera la importancia económica del vehículo fiduciario y la dimensión de los negocios que se desarrollan gracias a la constitución de un patrimonio autónomo que los hace viables y que, de cierta forma, se vuelve garante de que se logre la finalidad perseguida. Si los atributos del patrimonio autónomo son revocados o desconocidos por la ley de insolvencia, se ven afectadas la confianza, la credibilidad y la seguridad jurídica que el fideicomiso ofrece hoy.

## **5.2 Planteamiento de la solución**

### **5.2.1 La Ley 1116 no debería afectar el desarrollo y la ejecución de los contratos de fiducia, a menos que se demuestre la intención fraudulenta del constituyente**

Al considerar que la constitución del fideicomiso y que el aporte de los bienes a este son actos jurídicos celebrados eficazmente de forma previa a la apertura del trámite concursal, los efectos jurídicos no pueden verse desconocidos por la apertura de dicho trámite. En ese orden de ideas, dar por terminado el contrato de fiducia y ordenar la restitución de los bienes aportados por el constituyente son disposiciones que no deberían ser aplicadas, pues representan contradicciones y riesgos, no solo para el sector fiduciario, sino para el desarrollo económico general del país.

El principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, presume que todas las actuaciones de las autoridades y los particulares están revestidas de honestidad y rectitud. La ley de insolvencia debería contemplar la posibilidad de proteger a quienes, de buena fe, contratan con el fideicomiso como sujeto de derechos y obligaciones y, por el contrario, sancionar a aquellos que, de mala fe o con ánimo doloso, contratan con este. De esta manera, los primeros podrían encontrar la protección y la seguridad jurídica garantizadas constitucional y legalmente. La anterior solución no es más que reconocer la existencia de la conocida acción revocatoria, a fin de proteger el interés de quien, al obrar de buena fe y sin ánimo de defraudar a ningún tercero, contrata con el fideicomiso (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 83). Al respecto, para Ospina (2014):

Pero esta garantía genérica o “prenda común” de los acreedores no priva al deudor de la libre administración de sus bienes [...]. Si esta administración deviene fraudulenta, los acreedores que han depositado su confianza en él pueden resultar lesionados cuando los actos celebrados por este lo coloquen en estado de insolvencia, o sea, en situación de que sus bienes ya no alcancen a cubrir sus deudas, o agraven tal estado de insolvencia. Frente a esta circunstancia, la ley propone les otorga a la acción pauliana, entre otras acciones reconstitutivas del patrimonio. (p. 168)

Así pues, deben replantearse las consideraciones de la Ley 1116 sobre el contrato de fiducia; y, si es necesario, eliminarla o adecuarla al ordenamiento jurídico, sobre todo a las necesidades



actuales del desarrollo de los negocios. La solución conveniente ya está consagrada legalmente cuando se habilita la posibilidad de persecución de los bienes objeto de fiducia en el evento en que se demuestre el ánimo defraudatorio, o cuando, como lo plantea el inciso primero del artículo 1238, se permite que los acreedores anteriores al contrato persigan los bienes objeto del contrato de fiducia con las consideraciones expuestas.

En palabras de Ospina y Ospina (2009), la oponibilidad entendida como un deber general de los terceros en cuanto a respetar los efectos que el acto jurídico tiene entre las partes, también puede verse contrariada por la inoponibilidad como derecho, la cual es otorgada por el legislador para que los terceros que se vean lesionados por estos actos puedan impugnarlos. Así, se tiene que, para los acreedores anteriores, el legislador ya contemplaba las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor; en cuanto a los posteriores, se supone que estos deben conocer el estado del patrimonio del deudor después de constituir el fideicomiso. Esta es una mera carga de debida diligencia para intervenir en el tráfico mercantil. En este sentido, las estipulaciones de la Ley 1116 relativas al contrato de fiducia mercantil resultan innecesarias (Ospina y Ospina, 2009).

### **5.2.2 Exclusión de los bienes que conforman otros fideicomisos de interés general de la masa de activos que hacen parte del proceso de reorganización o de liquidación**

Si la opción mencionada previamente no prospera, otra solución emerge al analizar el interés del legislador, al excluir de los efectos considerados para los patrimonios autónomos en los procesos de reorganización y liquidación a aquellos bienes afectos a un patrimonio autónomo mediante el cual se lleva a cabo un proceso de titularización o se garantiza este, y este vehículo es objeto de inversión en el mercado público de valores. En consecuencia, el legislador sustrae estos bienes de aquellos que deben regresar al patrimonio del deudor para hacer frente a un proceso concursal, con el propósito de proteger a los inversionistas del mercado público de valores y la actividad financiera, como aquella de interés general salvaguardada constitucionalmente (Constitución Política de Colombia, 1991).

Al considerar lo expuesto, debería extenderse la exclusión a los bienes afectos a patrimonios autónomos de interés general, como los fideicomisos inmobiliarios, donde se da un aporte masivo de recursos por parte de los encargantes y futuros promitentes compradores o beneficiarios de área.

Como se dijo, existe una gran cantidad de proyectos inmobiliarios que se desarrollan mediante contratos de fiducia mercantil; en estos, es fácil encontrar que se han vinculado personas de forma masiva por la dimensión de los proyectos y el número de unidades inmobiliarias a desarrollar, los cuales, perfectamente, pueden alcanzar cifras de miles de personas vinculadas a cada fideicomiso. Si se deja sin protección estos fideicomisos, se enfrenta un riesgo jurídico y social de grandes magnitudes; por esta razón, se da la propuesta de incluir fideicomisos de interés masivo dentro de las exclusiones planteadas por la Ley 1116.

### **5.2.3 Exclusión de contratos de fiducia inscritos en registros públicos**

Si no prospera la solución indicada en el primer punto, y sin que esta propuesta sea excluyente con la del segundo, se plantea ampliar la posibilidad de exclusión de los bienes afectos a un patrimonio autónomo mediante el registro del contrato de fiducia, como hoy lo plantean la Ley 1116 de 2006, el Decreto 1038 de 2009 y la Ley 1676 de 2013 para el contrato de fiducia en garantía. No se encuentra, en la normatividad relacionada, la razón para darle la calidad de bienes excluidos solo a los bienes aportados al fideicomiso de garantía una vez el contrato es objeto de registro. Si el interés del legislador es la protección del acceso al crédito, este no tiene en cuenta que otras tipologías de negocios fiduciarios también permiten estructurar operaciones de crédito y, más importante aún, viabilizar los negocios.

Como lo mencionó Cárdenas (2014), más allá de la denominación del fideicomiso, muchos sirven para amparar obligaciones y no necesariamente atienden a la precisa emisión de un certificado de fiducia en garantía. El contrato de fiducia tiene como objeto perseguir una finalidad que, en muchas ocasiones, implica respaldar diferentes obligaciones; adicionalmente, los efectos del negocio jurídico son iguales, independientemente de su modalidad. No se entiende cómo, por ejemplo, a raíz de la aplicación de la Ley 1116 de 2006, en los fideicomisos de fuente de pago, que administran recursos en favor de unos beneficiarios designados, estos pasan de tener una garantía líquida a irse a un proceso de liquidación de un patrimonio insolvente, sin ninguna preferencia o prelación.

El postulado de la relatividad de los actos jurídicos establece que los efectos de dicho acto son para las partes, pero es deber de los terceros respetar los efectos del acto jurídico: “la oponibilidad

de los actos jurídicos a los terceros constituye la regla general y la inoponibilidad a ellos es la excepción” (Ospina y Ospina, 2009, p. 388). El registro de los actos jurídicos no es requisito de existencia de estos ni de su oponibilidad, pero da la posibilidad de que los terceros se enteren de su existencia. En este sentido, si bien no es necesario un registro para sustentar que los bienes del patrimonio autónomo no deben regresar al patrimonio del deudor o constituyente ante el inicio de un proceso concursal, el legislador quiso, con el sustento del registro público del contrato de fiducia mercantil de garantía, excluir los bienes de este patrimonio autónomo de la masa de bienes a liquidar.

De acuerdo con lo anterior, y dado que no existe un sustento jurídico fuerte para excluir los bienes de algunos patrimonios autónomos de la masa de activos a liquidar y los de otros no, una solución acertada es dar la prerrogativa de la exclusión de los bienes de la masa de activos a liquidar al registro de cualquier contrato fiduciario, como hoy se ofrece para los fideicomisos de garantía. Con este registro, se otorga la publicidad y la oponibilidad necesarias para los acreedores posteriores a la constitución del fideicomiso, de forma que estos tengan conocimiento del acto jurídico que les es oponible y de la situación patrimonial del deudor. Después de esto, no debe permitirse la revocación del negocio jurídico eficazmente celebrado, así se garantizarían los derechos a los terceros que, de buena fe, contratan con el fideicomiso y los acreedores del deudor conocerían el estado real de sus negocios.

La Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de su función consultiva, publicó el Oficio 220-116294 de fecha de 15 de julio de 2020, donde, de cierta manera, apoya este planteamiento; y aunque no abre la exclusión a todas las tipologías de contratos fiduciarios, como se plantea aquí, sí lo hace para el contrato de fiducia mercantil de fuente de pago. Adicionalmente, plantea un argumento que puede servir para fundamentar la posibilidad de que otras las tipologías puedan eventualmente gozar de la exclusión, siempre que se cumpla con el requisito de contar con la finalidad de garantía, así:

Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de

dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley. (Oficio 220-116294, 2020, p. 2)

Adicionalmente, relaciona en el mismo oficio:

Ahora bien, frente a la definición de garantía mobiliaria se pronunció este despacho mediante Oficio No. 220-197611 del 19 de octubre de 2016:

“La Ley 1676 de 2013 va un poco más allá: para ella no importa la denominación que las partes hayan dado al contrato, ni tampoco su intención subjetiva; lo que el juez y el intérprete deben consultar es el efecto que produce el negocio en las relaciones entre acreedor y deudor, y si a través del negocio se busca asegurar el cumplimiento de la prestación debida, que es en últimas la finalidad de las garantías a la luz del artículo 65 del Código Civil.

Así, actos que tradicionalmente versaban sobre el derecho de dominio, como los pactos de retroventa y reserva de dominio de la compraventa, la ley de garantías mobiliarias los considera como auténticos actos de garantía, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de existencia y oponibilidad que están previstos en la ley, como la necesidad de que el contrato conste por escrito (artículo 14 de la Ley 1676 de 2013) y la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias, la entrega de la tenencia del bien dado en garantía, o la constitución del control a favor del acreedor garantizado (artículo 21 *ibídem*).

En consecuencia, si la fiducia cumple funciones de garantía, resulta irrelevante que las partes hayan denominado el contrato como “de administración y fuente de pagos”, se tendrá como garantía mobiliaria para los efectos de la Ley 1676 de 2013 y se aplicará el régimen de ejecución y ejercicio de los derechos del acreedor garantizado en los procesos concursales”. (pp. 2-3)

## 6 Conclusiones

Existe tensión e incoherencia entre las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil y el cuerpo normativo de los procesos concursales. La falta de claridad de la Ley 1116 de 2006, así como las discusiones e interpretaciones históricas respecto a la dicotomía planteada, muestra que las decisiones no siempre se han tomado de manera sistemática y estas dan la impresión de estar sujetas a discusión.

Si se considera la importancia del fideicomiso para viabilizar importantes proyectos y la cantidad de personas que invierten sus recursos mediante estos –no solo aquellos inversionistas del mercado público de valores–, la solución planteada para los fideicomisos que permiten titularizaciones del mercado público de valores, o incluso la de registro para el fideicomiso de garantía, debería hacerse extensiva a los otros tipos de fiducia, a menos que se pruebe el ánimo defraudatorio de quienes contratan con el patrimonio autónomo y/o con el constituyente, como ocurre con la acción pauliana.

A la luz de lo expuesto, se evidencia poco conocimiento del negocio fiduciario por parte de la ley concursal, y es mínima la protección a los intereses generales que intervienen en los fideicomisos, lo que evidencia violaciones al derecho fundamental de igualdad, como se expuso para el caso de los promitentes compradores de unidades inmobiliarias no destinadas a vivienda.

Parece ser que la concepción del contrato de fiducia no encuentra el respeto suficiente cuando se aborda desde otras ramas del derecho. Asimismo, la respuesta del juez concursal al choque normativo se presenta insatisfactoria y violenta la seguridad del tráfico mercantil.

En última instancia, la exclusión de los patrimonios mediante los cuales se estructuran o se garantizan los procesos de titularizaciones emitidas en el mercado público de valores, y de los fideicomisos de garantía de los efectos de la ley concursal, muestra la dificultad que representa la misma ley de insolvencia en relación con la práctica de los negocios mercantiles y su importancia. Así, se emitió una ley provista de excepciones y reglamentaciones de exclusión por la dificultad práctica que esta conlleva.

## 7 Bibliografía

- Arrendamos y vendemos. (s.f.). *La fiducia en Colombia*. Arrendamos y vendemos: <http://www.arrendamosyvendemos.org/84-la-fiducia-en-colombia>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia.
- Asociación de Fiduciarias de Colombia [Asofiduciarias]. (2020). *Informe de gestión. Asamblea General de Afiliados*. Asofiduciarias. [https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2020/11/INFORME-ASAMBLEA-ASOFIDUCIARIAS-2020-\\_DEF.pdf](https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2020/11/INFORME-ASAMBLEA-ASOFIDUCIARIAS-2020-_DEF.pdf)
- Avendaño, S. (2015). *La fiducia para proyectos inmobiliarios*. Consultorio: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-fiducia-para-proyectos-inmobiliarios-2330056#:~:text=Es%20un%20conjunto%20de%20bienes,administrados%20por%20una%20sociedad%20fiduciaria.>
- Bonivento, J. (1995). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Ediciones librería del profesional.
- Cárdenas, J. (2014). *El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo*. Editora de la Universidad Nacional de Rosario.
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario oficial No. 2867. [Código Civil de los Estados Unidos de Colombia]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1918). Ley 51 del 21 de noviembre de 1918. [Sobre establecimientos o sociedades de crédito]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1923). Ley 45 del 19 de julio de 1923 [Sobre establecimientos bancarios]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 45 del 18 de diciembre de 1990. [Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad

- aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 50 del 28 de diciembre de 1990. [Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Diario Oficial No. 41.094. [Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156. [Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 388 del 18 de julio de 1997. Diario Oficial No. 43.091. [Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1999). Ley 550 del 30 de diciembre de 1999. Diario Oficial No. 43.940. [Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas...]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. Diario Oficial No. 46.494. [Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1676 del 20 de agosto de 2013. Diario Oficial No. 48.888. [Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Consejo de Estado. (2018). Sentencia 2003-04295. Rad: 76001-2331-000-2003-04295-01. *Sala de lo Contencioso Administrativo. M. P.: Oswaldo Giraldo López*. Bogotá, D. C., Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-086 del 1 de marzo de 1995. *Sala plena. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá, D. C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002. Exp. D-3644. *Sala Plena. M. P.: Jaime Araujo Rentería*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2006). Exp. No. 05001-3103-012-1999-1000-01 del 14 de febrero de 2006. *Sala de Casación Civil. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo*. Bogotá, D. C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). Sentencia SC 076 del 30 de julio de 2008. *Sala de Casación Civil. M. P.: William Namén Vargas*. Bogotá, D. C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2010). Sentencia 01041-01 del 25 de enero de 2010 . *Sala de Casación Civil. M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena*. Bogotá, D. C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). Sentencia SC6227 de 2016. *Sala de Casación Civil. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez*. Bogotá, D. C., Colombia.
- Gerencie. (2018). *Fiducia mercantil en garantía*. Derecho comercial: <https://www.gerencie.com/fiducia-mercantil-en-garantia.html>
- Gómez, C. (2009). *Estudios de derecho privado*. Editorial Universidad del Rosario.
- González, C. (2019). *Fiducia y patrimonios autonomos en Colombia*. Universidad Libre de Colombia.  
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17720/Libro%20Fiducia%20y%20Patrimonio.pdf?sequence=1>
- Lafranconi, M. (2017). La adquisición de un inmueble para otro, ¿es una estipulación a favor de tercero? *Revista Notarial*(95), 241-273. <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2018/01/RNCba-95-2017-09-Doctrina.pdf>
- Navarro, Á. (2016). *Persecución de los bienes objeto del contrato de fiducia mercantil. Hacia una interpretación sistemática del artículo 1238 del Código de Comercio*. Universidad Nacional de Colombia.



Ospina, E., & Ospina, G. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis.

Ospina, G. (2014). *Régimen general de las obligaciones*. Temis.

Panesso, M. (s.f.). *Paralelo entre fideicomiso civil y la fiducia mercantil en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿cuándo es posible predicar la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria?* Universidad Pontificia Bolivariana.  
<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2887/T.G.%20Mar%C3%A1Da%20Adelaida%20Panesso%20U..pdf?sequence=1>

Peñaranda, L. (2015). *La fiducia mercantil con fines de garantía y alteración del régimen jurídico de prelación de créditos en la ley de insolvencia empresarial colombiana*. Pontificia Universidad Javeriana.

Presidencia de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. Diario Oficial No. 33.339. [Por el cual se expide el Código de Comercio]. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989. Diario Oficial No. 39.080. [Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1993). Decreto 2360 del 26 de noviembre de 1993. Diario Oficial No. 41120. [Por el cual se dictan normas sobre límites de crédito]. Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1993). Decreto 663 del 2 de abril de 1993. Diario Oficial No. 40.820. [Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración]. Bogotá, D. C., Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2006). Decreto 1049 del 6 de abril de 2006. Diario oficial no. 46233. [Por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio]. Bogotá, D. C., Colombia.

- Presidencia de la República de Colombia. (2009). Decreto 1038 del 26 de marzo de 2009. [Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2009). Decreto 1039 del 26 de marzo de 2009. Diario Oficial No. 47304. [Por el cual se modifica parcialmente y se adiciona el Decreto 2685 de 1999]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2010). Decreto 2555 del 15 de julio de 2010. Diario oficial No. 47771. [Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D. C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). Decreto Único Reglamentario 1074 del 26 de mayo de 2015. Bogotá, D. C., Colombia.
- Rengifo, E. (2012). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, S. (2005). *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*. Legis.
- Superintendencia de Sociedades. (1995). Auto 410-5447. Bogotá, D. C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1995). Auto 410-5577. Bogotá, D. C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1995). Auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995. Bogotá, D. C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1997). Autos 410-3480. Bogotá, D. C.: Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1998). Auto 410-7500. Bogotá, D. C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1998). Auto 410-7508 del 25 de septiembre de 1998. Bogotá, D. C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (1998). Auto 410-7513. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2018). Oficio 220- 050986 del 10 de abril de 2018. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2019). Oficio 220-025369 del 27 de marzo de 2019. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2019). Oficio 220-0281110. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2020). Oficio 220-002376 del 9 de enero de 2020. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2020). Oficio 220-013429 del 29 de enero de 2020 . Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (2020). Oficio 220-116294 del 15 de julio de 2020. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia Financiera. (1989). Concepto 040130 del 31 de agosto de 1989. Bogotá, D. C., Colombia.

Superintendencia Financiera. (2004). *Fiducia Inmobiliaria / Sociedades Fiduciarias / Vivienda de Interés Social. Concepto No. 2004043706-2.* Superfinanciera: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/19009/reAncha/1/c/19014>

Superintendencia Financiera. (2014). Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (C.E. 029/14). Bogotá, D. C., Colombia.